



ANA PATRÍCIA DA CRUZ PARREIRA

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

O CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES E O PROBLEMA DA UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES

Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientação:

Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Setembro de 2020

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

O CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES E O PROBLEMA DA UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES

Relatório de Estágio Curricular apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa com vista à obtenção de grau de Mestre
em Direito Forense e Arbitragem

Realizado por: Ana Patrícia da Cruz Parreira
Orientador: Prof. Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Supervisora do Estágio: Dra. Juiz de Direito Margarida Manuel China
Henriques Alves

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro de 2020

Declaração de compromisso antiplágio

Em conformidade com o artigo 22.º do Regulamento do 2.º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre em Direito, declaro por minha honra que o texto aqui apresentado é da minha exclusiva autoria, estando toda a utilização de contribuições ou textos alheios devidamente referenciada.

Agradecimentos

*Este trabalho não é só meu.
É também um pouco de cada uma das pessoas que
me rodeiam.*

Por isso o dedico:

*À minha mãe,
Minha companheira de vida e do período de
confinamento, que teve de aturar os meus maus
humores.*

*Ao meu pai,
Uma pessoa que admiro muito e que faz as coisas
complicadas parecerem simples.*

*Aos meus três irmãos,
Que deram mais beleza à minha vida.*

*Ao Rodrigo,
Uma pessoa especial; o meu apoio e motivação
constantemente. Sem ele, tudo seria mais difícil.*

*Aos meus avós e avós,
Por todo o carinho e dedicação.*

*Ao Professor Doutor Frederico Costa Pinto,
Por me orientar na realização deste Relatório de
Estágio.*

*À Dra Juíza Margarida, ao Dr. Juiz Pedro e à Dra.
Juíza Bárbara,
Por me terem recebido e acompanhado ao longo
deste estágio.*

*E, por fim, mas por onde tudo começou,
Ao Dr. Juiz Artur Cordeiro,
Por todas as dicas, disponibilidade, interesse,
simpatia e amizade.*

Obrigada

MODOS DE CITAÇÃO

- O presente texto foi escrito em língua portuguesa, ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, de 2009. Excetuam-se as citações dos autores que não o tenham adotado.
- Todas as citações presentes dizem respeito a obras consultadas ou jurisprudência.
- A bibliografia referenciada em nota de rodapé apresenta-se, apenas, segundo: nome do autor, *título da obra*, ano e página.
- A bibliografia final encontra-se organizada por ordem alfabética, segundo: APELIDO, nome do autor, *título da obra*, edição, local: editora e ano.

194.457 caracteres, incluindo notas e espaços.

NOTA

Na falta de menção em contrário:

- Os artigos referidos pertencem ao Código Penal;
- Os acórdãos do STJ e dos Tribunais da Relação foram consultados em <http://www.dgsi.pt>, os acórdãos do Tribunal Constitucional em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> e quando se indique o respetivo Boletim (BMJ), em <http://gddc.ministeriopublico.pt/bases-dados-mp/pesquisa>.

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al./Als.	Alínea / Alíneas
Art. / Arts.	Artigo / Artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cap.	Capítulo
CJSTJ	Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
Cons.	Conselheiro
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-lei
FDUNL	Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
JCCL	Juízo Central Criminal de Lisboa
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LOSJ	Lei de Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
OMS	Organização Mundial de Saúde
p. / pp.	página / páginas
P.	Processo
p. e p.	previsto e punido
PJ	Polícia Judiciária
RAI	Requerimento para abertura da instrução
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
ROFTJ	Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

RESUMO:

O presente Relatório de Estágio é o reflexo do estágio de quatro meses que realizei no Juízo Central Criminal de Lisboa. Ao longo desse estágio, acompanhei, sobretudo, o trabalho de um coletivo de juízes, do qual fazia parte a supervisora de estágio. Assisti, quase diariamente, a audiências de julgamento, consultei processos, esclareci dúvidas e vivi o ambiente de um dos tribunais mais relevantes na área do Direito penal. Além de relatar sumariamente a minha experiência enquanto estagiária, com este Relatório de Estágio irei também analisar, sob diferentes perspetivas, o crime de pornografia de menores (art. 176.º) e relacioná-lo com o problema da unidade e pluralidade de infrações. Atualmente, existem diversos critérios, doutrinários e jurisprudenciais, para proceder à delimitação do crime estritamente unitário, dando origem a resultados muito distintos. Com este trabalho, pretende-se analisar o art. 30.º-1 e, em especial, responder à questão “quando é que se preenche mais do que uma vez o mesmo tipo de crime, dando origem a um concurso de crimes?”. Será que depende do número de juízos de censura ao agente? Será que é um processo automático de verificação dos seus pressupostos? Será que a lei ou o tipo de crime em causa nos auxiliam na solução? O que acontece no crime de pornografia de menores? São as respostas a estas perguntas que irei desenvolver ao longo deste trabalho, tendo, designadamente, por base alguns processos que acompanhei durante o estágio.

Palavras-chave: Relatório de Estágio, Juízo Central Criminal de Lisboa, crime de pornografia de menores, unidade e pluralidade de infrações, crime de trato sucessivo, bens jurídicos eminentemente pessoais, liberdade e autodeterminação sexual.

ABSTRACT:

This report is the result of an internship during four months at the Central Criminal Court of Lisbon. Along this internship, I knew closely the work of a collective court, of which was part my internship supervisor. I attended, almost every day, to trial hearings, studied judicial processes, asked questions, and experienced the environment of one of the most important courts on Criminal Law. Besides describing my experience as an intern, during this report I also will analyse, under different perspectives, the crime of child pornography (article 176.º) and relate it to the problem of the unity or plurality of crimes. Nowadays, there are several criteria, doctrinal and jurisprudential, to delimit a strictly unitary crime, giving rise to very different solutions. With this work, I intend to explore the article 30.º-1 and, mostly, answer to the question “when is the same type of crime verified more than once, resulting in a plurality of crimes?”. Does it depend on the number of censure judgements to the agent? Is it an automatic process of verifying its requirements? Do the law or the type of crime in cause help us to get to a solution? What happens about the crime of child pornography? These are the answers I will be searching for during this report, based, namely, on some of the processes that I followed along the internship.

Key-words: Internship Report, Central Criminal Court of Lisbon, crime of child pornography, unity and plurality of infractions, crime in “trato sucessivo”, eminently personal legal assets, sexual freedom and self-determination.

INTRODUÇÃO

No segundo ano do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem na FDUNL, tive a oportunidade de, em vez de redigir uma tese, realizar um estágio curricular num tribunal, acompanhada por um juiz supervisor do estágio. Desses quatro meses de estágio resultou o presente Relatório.

Decidi realizar o estágio no Juízo Central Criminal de Lisboa, dado o meu gosto pessoal pelo Direito penal. Pretendia consolidar e desenvolver os meus conhecimentos, bem como ver na prática como acontecia o que até agora tenho aprendido em teoria.

O tema deste Relatório surgiu com o decorrer do estágio. Tomei contacto com vários processos cujas soluções não eram pacíficas e que me foram intrigando. A unidade e pluralidade de infrações e os seus vários critérios, a figura do “crime de trato sucessivo”, o crime de pornografia de menores eram temas novos para mim, os quais nunca tinha aprofundado antes. Fui-me apercebendo de que não eram, de todo, temas fáceis, antes bastante complexos.

O meu objetivo era que fosse um tema atual, controverso e útil no exercício do Direito, para o qual espero dar, de alguma forma, o meu contributo.

CAPÍTULO I: O ESTÁGIO

1. A Instituição - O Juízo Central Criminal de Lisboa

O estágio que realizei foi no Juízo Central Criminal de Lisboa, situado no Campus de Justiça, no Parque das Nações, Lisboa. É um tribunal de comarca com competência especializada que integra 24 juízes e tem a sua área de jurisdição no município de Lisboa, tal como definido pelo anexo III do DL n.º 49/2014, de 27-03 (ROFTJ), pertencente à comarca de Lisboa, segundo o anexo II da Lei n.º 62/2013, de 26-08 (LOSJ). Em regra, o JCCL terá competência territorial para julgar crimes consumados nesse município (art. 19.º-1 do CPP).

A respetiva competência material está definida pelo art. 118.º da LOSJ. É um tribunal com funções na fase de julgamento que se distingue dos juízos locais criminais por funcionar em tribunal coletivo ou de júri (n.º 1). Durante o estágio, apenas assisti a julgamentos com tribunal coletivo, constituído por três juízes: o juiz-presidente (juiz do processo) e dois juízes adjuntos (cf. arts. 133.º-1 e 135.º da referida Lei).

Ao juiz do processo – juiz a quem foi distribuído o processo – compete fazer o saneamento do mesmo, designar a data da audiência de discussão e julgamento e, posteriormente, dirigi-la, redigir o acórdão, e.o. (cf. art. 118.º-1 da LOSJ e arts. 311.º a 313.º do CPP). Os restantes dois juízes participam no julgamento, colocando questões, e auxiliam o presidente do tribunal coletivo a tomar decisões, p.e., relativas a meios de prova requeridos por uma parte ou a determinar oficiosamente. Também deliberam em conjunto com o juiz-presidente, em especial antes do proferimento da decisão final. Cada tribunal coletivo é, normalmente, acompanhado pelo mesmo magistrado do MP – formando um “coletivo” de quatro magistrados, cada um com a sua função.

A competência material deste tribunal corresponde ainda à competência dos tribunais de júri e dos tribunais coletivos (arts. 13.º e 14.º do CPP). Têm ainda competência para julgar crimes estritamente militares (art. 118.º-2 da LOSJ), sendo que, neste caso, um dos juízes adjuntos é um juiz militar. Neste âmbito, tive a oportunidade de assistir a algumas sessões de julgamento do mediático caso “Comandos”, referente à morte de dois militares no curso de Comandos de 2016.

2. Atividades desenvolvidas

Ao longo deste estágio, contactei com diversos juízes e magistrados do MP. Tive a oportunidade de esclarecer dúvidas e de apreender, na prática, o funcionamento e o ambiente de um tribunal. Além disso, pude acompanhar a tramitação de variados processos, em especial na fase de julgamento, ao lado dos juízes.

O juiz-presidente identifica o processo cujo julgamento irá decorrer e verifica que intervenientes daquela sessão de julgamento estão ou não presentes. Na primeira sessão de julgamento do processo, o Procurador da República, o arguido e o seu mandatário recebem uma cópia do Relatório Social do arguido. De seguida, o juiz-presidente profere, eventualmente, algum despacho, como p.e. que a audiência decorrerá com exclusão de publicidade atenta a natureza dos factos e o crime objeto dos presentes autos, nos termos dos arts. 321.º-2 e 87.º-3, ambos do CPP. É também nesta altura que os mandatários costumam fazer requerimentos, tais como de desistência de queixa. Depois, o juiz questiona o arguido se tem conhecimento do teor da acusação e dos crimes pelos quais vem acusado. Há juízes que optam, de qualquer forma, por ler a acusação ou fazer uma exposição sucinta sobre o objeto do processo. Posteriormente, nos termos do art. 339.º do CPP, o juiz dá a possibilidade ao magistrado do MP e a cada um dos mandatários presentes de indicarem, sumariamente, os factos que se propõem provar – as designadas “alegações introdutórias” –, faculdade da qual, geralmente, todos prescindem. Seguem-se questões ao arguido sobre a sua identidade, sendo advertido de que é obrigado a responder às mesmas, e apenas com a verdade, sob pena de poder incorrer em responsabilidade criminal (art. 342.º do CPP).

Passa-se, então, à fase da produção de prova. O arguido toma conhecimento das informações constantes do art. 343.º-1 do CPP e declara se pretende ou não prestar declarações. Se assim o quiser, um método que considere eficaz, de forma a criar uma linha de raciocínio clara para todos, é o juiz ir seguindo os factos constantes da acusação e ir questionando o arguido sobre os mesmos, sequencialmente – o que também facilita o trabalho de organização do tribunal. Depois seguem-se os restantes meios de prova, em especial as declarações do assistente ou das partes civis e, posteriormente, a prova testemunhal (presencial ou por videoconferência). Primeiro ouvem-se as testemunhas da acusação, de seguida as requeridas pelo assistente e só depois as testemunhas arroladas pelo arguido. A prestação de declarações ou de depoimento são sempre acompanhadas pela colocação de questões, em primeiro lugar, pelo juiz-presidente e, posteriormente, pelos restantes juízes, pelo magistrado do MP, pelo mandatário do sujeito processual em causa ou que arrolou aquela testemunha e, por último, pelos demais advogados (sendo que estes apenas podem pedir esclarecimentos acerca daquilo que já foi perguntado ou

referido). No entanto, é habitual o tribunal, em especial o juiz-presidente, interferir em qualquer momento para colocar novas questões, pedir esclarecimentos ou organizar o que foi dito até ao momento. Pode ainda surgir um método de inquirição das testemunhas diferente por iniciativa do tribunal, como ocorreu num megaprocesso (“Operação Furacão”) envolvendo, designadamente, os crimes de branqueamento de capitais (art. 368.º-A) e de fraude fiscal qualificada (art. 104.º da Lei n.º 15/2001, de 05-06). Estabeleceu-se que, na audição da mesma testemunha, haveria uma “ronda” de inquirições, passando por todos os sujeitos processuais presentes, por cada uma das alegadas “estruturas” fraudulentas em causa, resultando em várias “rondas” de inquirições relativamente à mesma testemunha. Além dos meios de prova já referidos, assisti também à inquirição de peritos, à reconstituição do facto (descrição em audiência por agente policial) e à reprodução de declarações para memória futura da vítima.

No final da sessão de julgamento, agenda-se as seguintes sessões e os trabalhos para cada uma delas, de modo a poder notificar-se as pessoas que devem estar presentes e a poder haver a devida preparação por parte dos sujeitos processuais.

Finda a produção de prova, seguem-se as alegações orais, por parte do magistrado do MP e dos mandatários, sobre a prova produzida em julgamento e, eventualmente, sobre questões de direito mais controversas, concluindo pela condenação ou pela absolvição de cada um dos arguidos (MP e assistente) ou do seu constituinte (advogados). Agenda-se ainda uma data para a leitura do acórdão que irá ser proferido. Termina aqui a fase da audiência de julgamento.

Existe uma enorme panóplia de requerimentos que podem surgir durante a audiência. Pode assistir, p.e., a requerimentos para a elaboração de novo relatório social em consequência da emissão de juízos de valor, parcialidade, insuficiências ou deficiências; para a junção aos autos de documentos na sequência da sua obtenção ou de declarações de testemunhas (ao abrigo do art. 340.º-1 do CPP); para determinada pessoa ser oficiada para juntar aos autos certo documento ou para que informe os autos de uma circunstância relevante; para recusa de juiz e para certa pessoa vir a ser inquirida como testemunha.

Para além de assistir a audiências de julgamento, presenciei deliberações entre os juízes do tribunal coletivo, prévias à redação do acórdão, e outro tipo de audiências, como leituras de acórdãos e audiências para determinação do cúmulo jurídico. Consultei processos, onde deu para compreender melhor as várias fases de um processo e como todos os pormenores ficam documentados em papel – o grande suporte dos processos portugueses –, desde as peças processuais e todos os elementos probatórios, a relatórios policiais, todo o expediente processual, informações relacionadas com a situação pessoal do arguido, e.o. Contactei com vários tipos de crime, como crimes de roubo, ofensas à integridade física, tentativas de

homicídio, tráfico de estupefacientes, burla, falsidade informática, falsificação de documentos, coação, abuso sexual de menores, pornografia de menores e violação.

Surgiu ainda o “extra” de poder acompanhar, durante uma semana, as diligências que se realizam no Juízo Central de Instrução Criminal, também localizado no Campus da Justiça. Este, como o nome indica, centra-se na fase de instrução, pelo que constatei diversas diferenças relativamente àquilo que vinha a acompanhar no JCCL. Desde logo, na disposição dos intervenientes (o procurador senta-se numa mesa em frente ou ao lado dos mandatários e não ao lado do juiz), no facto de apenas se vestir a beca e as togas em sede do debate instrutório, na maior imprevisibilidade de diligências (devido aos primeiros interrogatórios de arguidos detidos), na existência de turnos entre os juízes e os magistrados do MP para dirigirem aqueles interrogatórios e, sobretudo, na variedade e natureza das diligências. Tive a oportunidade de assistir a primeiros interrogatórios judiciais de arguidos detidos (art. 141.º do CPP), cada qual composto por eventuais declarações do arguido e pelas alegações orais por parte do MP e dos mandatários, a fim de determinar as medidas de coação a aplicar ao arguido. No final, lavra-se auto de interrogatório e, normalmente, a decisão do JIC é proferida no imediato. Presenciei também debates instrutórios – com produção de prova e formulação de conclusões pelo MP e mandatários –, inquirições para memória futura e diligências de abertura e verificação de correspondência.

Deixo aqui uma sugestão da juíza de instrução criminal com quem contactei que considere bastante pertinente. Verifica-se, por vezes, que os factos alegados no RAI são insuficientes para desresponsabilizar criminalmente o arguido ou que a prova a produzir é manifestamente insuficiente para esse fim ou que nem sequer se requer a produção de prova. Nestes casos, devido à simplicidade do processo ou à ausência de prova a produzir, o debate instrutório torna-se uma diligência inútil e o JIC deveria ter a possibilidade de proferir despacho sem a realização de debate instrutório, dando 10 dias para se requerer prova suplementar. Atualmente, só pode rejeitar o RAI quando este seja extemporâneo, o juiz seja incompetente ou a instrução seja legalmente inadmissível (art. 287.º-3 CPP). Seria uma espécie de processo abreviado na fase de instrução.

3. Os dois processos paradigmáticos afetos ao crime de pornografia de menores

3.1. A complexidade da investigação e a evolução da prática do crime

Ao longo do estágio que realizei, acompanhei dois processos paradigmáticos em Portugal no que respeita ao crime de pornografia de menores (art. 176.º), pelo facto de envolverem três arguidos portugueses que não só abusavam sexualmente de várias crianças (art. 171.º), como

também as utilizavam em fotografias ou filmes pornográficos (art. 176.º-1-b)) e as exploravam através da sua imagem de índole sexual, divulgando esses materiais pornográficos (art. 176.º-1-c)) em *sites* dedicados à pornografia infantil ou simplesmente detendo-os (art. 176.º-1-d) ou n.º 5). Dois deles eram, inclusivamente, os criadores e administradores de duas dessas páginas na *internet* (“Baby Heart” e “Anjos Proibidos”), com milhares de utilizadores. As páginas, ou fóruns ou *boards*, eram de tal forma conhecidas internacionalmente que a investigação destes casos contou com a participação de autoridades policiais nacionais (a PJ¹) e internacionais (como a Europol e a Interpol). Havia necessidade de interligar todas as informações e de recorrer a meios tecnológicos mais avançados do que os nacionais.

Uma investigação desta natureza exigiu também conhecimentos fortemente especializados, quer em informática, designadamente na utilização da *darknet*² e na identificação e localização dos agentes do crime, quer quanto ao *modus operandi* da prática do crime e ao modo de agir dos seus agentes, sem os quais nunca se conseguiria ter chegado à condenação dos três arguidos. Sem se localizar o servidor, a fonte informática do fórum, também não é possível proceder-se à eliminação do *site*. A investigação implica igualmente a análise manual de milhares de interações/publicações do agente no fórum, visando, nomeadamente, determinar em concreto quais as publicações com conteúdos de pornografia de menores e de abusos sexuais de crianças e identificar vítimas e agressores. Mesmo quando se realizam buscas e se examinam e apreendem os computadores, as máquinas virtuais e os discos rígidos dos agentes, aqueles encontram-se quase sempre encriptados com palavras-passe, que os arguidos normalmente não fornecem.

Todo este condicionalismo técnico, as dificuldades de acesso aos *sites*, as necessidades de prova e o estado de alerta dos agentes conferem a esta investigação um carácter de especial complexidade e morosidade.

Somente desde 2010 é que o crime de pornografia de menores integra o conceito de crimes sexuais para efeitos do RASI. Segundo o RASI de 2015, na categoria da segurança informática, relativa a crimes que podem ser praticados com recurso à tecnologia informática, no âmbito da criminalidade investigada, houve um aumento de 82% dos crimes de pornografia de menores, relativamente a 2014, o que demonstra um crescimento significativo da sua relevância na investigação policial. Em 2016, verificou-se ainda outro aumento de 36% relativamente a 2015.

¹ A investigação do crime de pornografia de menores está reservada à Polícia Judiciária, no âmbito da Lei de Organização da Investigação Criminal (cf. art. 7.º-3-a) e i) da Lei n.º 49/2008, de 27-08).

² É um termo usado para designar coletivamente todas as redes secretas de comunicação, para partilhar informações sigilosas. Partilha-se o conteúdo de maneira anónima, sendo impossível identificar o usuário e os arquivos partilhados são criptografados. Está associada à “deepweb”, em que o IP é redirecionado para outro IP; existe, assim, um servidor fantasma. A TOR, I2P, WASTE e *Freenet* são das mais conhecidas *darknets*.

Em 2017 e 2018, os RASI registaram diminuições na investigação na área da pornografia infantil.

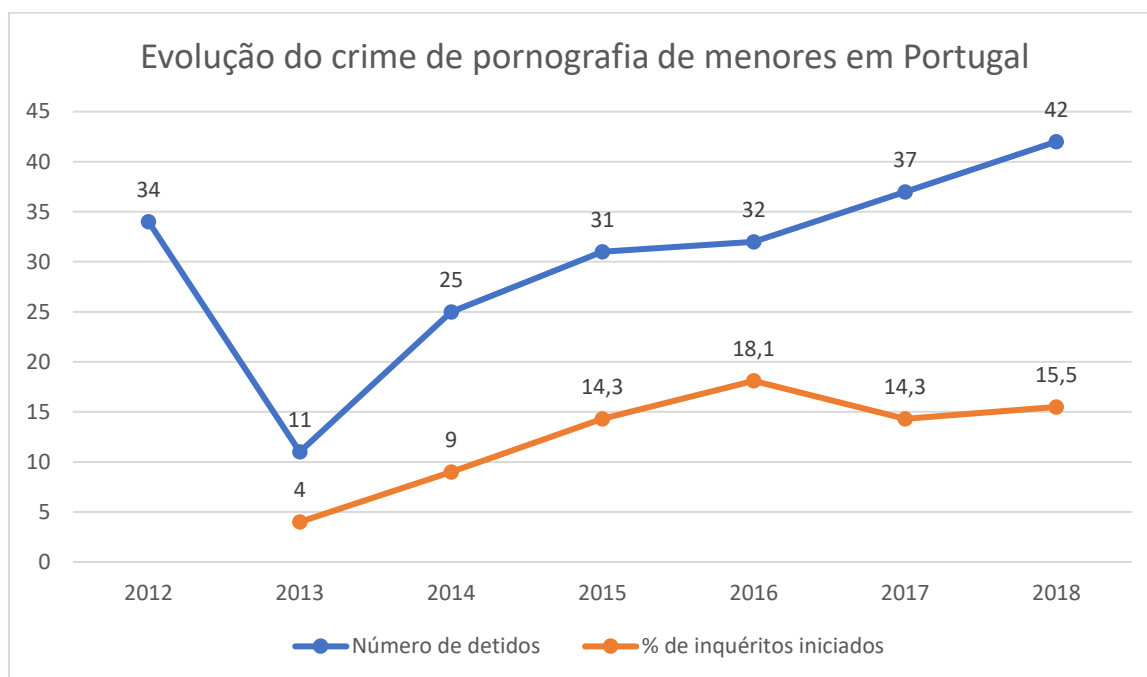


Figura 1- Evolução do crime de pornografia de menores em Portugal, segundo os dados constantes dos RASI.

Como podemos verificar pelo gráfico, o número de detidos pelo referido crime tem vindo a aumentar continuamente desde 2013. A percentagem de inquéritos indicada é referente ao grupo dos crimes sexuais. Neste momento, o crime de pornografia de menores é o terceiro crime sexual onde se regista um maior número de detidos e de inquéritos iniciados, ficando só atrás do crime de abuso sexual de crianças (art. 171.º) e do crime de violação (art. 164.º).

3.2. Breve descrição dos casos e respetivas soluções jurídicas

a) O processo “Baby Heart”

Neste processo (Ac. de 23-12-19), além dos dois arguidos (que irão ser designados por “Twinkle” e o outro por “TheForgotten”) - que abusavam sexualmente de menores e os utilizavam em fotografias e filmes, materiais estes que partilhavam em *sites* de pornografia infantil ou detinham -, também eram arguidos os pais do “Twinkle” que com este coabitavam e as mães de duas vítimas, pelo possível conhecimento que teriam dos referidos crimes.

Relativamente ao arguido “Twinkle”, este era um dos nomes de utilizador que o arguido utilizava no fórum de pornografia infantil “Baby Heart” e que se veio a provar ser também o administrador do mesmo. A pessoa real por detrás deste *username* foi um enigma solucionado

após vários anos de investigação. A PJ recebeu, via Interpol, informações que davam conta de que o “Twinkle” poderia estar a operar a partir de Portugal. Na sequência de informação proveniente da polícia brasileira, identificou-se uma página do *Facebook* que poderia pertencer ao indivíduo identificado como “Twinkle”, onde, a partir de diversas fotografias, conseguiram chegar ao nome do arguido.

Desde o primeiro momento que o arguido espontaneamente se dispôs a colaborar com a PJ. Além de admitir, desde logo, em primeiro interrogatório judicial de arguido detido, utilizar o *nickname* “Twinkle” no *site* “Baby Heart”, também, logo no dia da busca à sua residência, indicou o local onde escondia alguns discos externos (enterrados do lado de fora da residência), forneceu as respetivas palavras-passe e levou a polícia até ao arguido “TheForgotten”, com quem se ia encontrar nesse mesmo dia, a fim de “trocarem” crianças para a produção de novos conteúdos pornográficos. Também em audiência de julgamento, já depois de terem sido analisados todos os discos e ficheiros apreendidos e de ter sido relatado todo o conteúdo da acusação, o arguido afirmou que “a maior parte é verdade”, apenas tendo negado os “pagamentos” que alegadamente teria recebido pelos materiais que cedia ou divulgava.

Quanto ao arguido “TheForgotten” (*nickname* utilizado no fórum “Baby Heart”), este foi detido no local onde se iria encontrar com o “Twinkle”. Estava acompanhado por duas das crianças que surgiam em materiais pornográficos por ele publicados na *internet* (enteado e filha). A identidade desse utilizador foi depois corroborada pela apreensão de diversos objetos relacionados com a prática de atos sexuais com crianças, uma máquina fotográfica e um tripé fotográfico que trazia na sua viatura, pelo exame aos respetivos computador e discos rígidos, pela análise das fotografias, onde foi possível identificar o arguido, e pelas declarações de progenitores das crianças abusadas. O arguido não se mostrou colaborante, não admitindo os factos que lhe eram indiciados, nem cedendo as credenciais de acesso a conteúdos informáticos encriptados.

A idade dos menores (menos de 14 anos) foi calculada através da identificação dos mesmos, dos respetivos assentos de nascimento, pelo facto de o arguido não ter negado a idade que vem descrita na acusação e através das declarações dos progenitores das crianças.

Os arguidos “Twinkle” e “TheForgotten” vinham acusados, respetiva e designadamente, de 583 e 638 crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art. 176.º-1-a) e b) agravados, mais 72.994 e 345 crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art. 176.º-1-a), b), c) e d), 2, 5 e 7 agravados.

Resultou provado que o arguido “Twinkle”:

- Utilizou menores de 14 anos em fotografias e em filmes enquanto praticava naqueles atos sexuais de relevo (arts. 171.º-1 e 2 e 176.º-1-b));
- Divulgou, junto de terceiros, aquelas fotografias e filmes (arts. 176.º-1-c) e 177.º-1-b) e 7);
- Tinha na sua posse fotografias e filmes de natureza pornográfica, em que surgiam menores de 14 anos de idade (art. 176.º-5).

Em face da factualidade provada, resultou que o arguido “TheForgotten”:

- Utilizou um menor em fotografias, não tendo praticado com este qualquer ato sexual de relevo (arts. 176.º-1-b) e 177.º-7);
- Utilizou menores com idade inferior a 14 anos em fotografias e em filmes enquanto praticava naqueles atos sexuais de relevo (arts. 171.º-1 e 2 e 176.º-1-b));
- Divulgou junto de terceiros aquelas fotografias e filmes (arts. 176.º-1-c) e 177.º-1-a) e b) e 7).

Dado que se considerou existir concurso aparente entre os arts. 171.º-1 e 2 e 176.º-1-b), nos casos em que ambos coexistiam, puniu-se apenas pelo primeiro (crime de abuso sexual de crianças). Por outro lado, não se considerou que houvesse o propósito de divulgar ou ceder aqueles materiais pornográficos, pelo que se puniu pelo art. 176.º-5 e não pelo n.º 1-d). Por último, identificou-se uma relação de concurso aparente entre a divulgação e a detenção de materiais pornográficos, punindo-se apenas pelo art. 176.º-1-c).

Em suma, o arguido “Twinkle” foi condenado pela prática de 30 crimes de abuso sexual de crianças agravado (arts. 171.º-1 e 2 e 177.º-1-a) e b) e 7) e um crime de pornografia de menores agravado (art. 176.º-1-c) e 177.º-1-b) e 7), em concurso efetivo, resultando na pena de 25 anos de prisão.

O arguido “TheForgotten”, por sua vez, foi condenado pela prática de 14 crimes de abuso sexual de crianças (art. 171.º-1 e 2) e 2 crimes de pornografia de menores agravados (art. 176.º-1-b) e 177.º-7 e art. 176.º-1-c) e 177.º-1-a) e b) e 7), em concurso efetivo, resultando igualmente na pena de 25 anos de prisão. Os restantes arguidos foram absolvidos dos crimes por que vinham acusados, por insuficiência da prova.

b) O processo “Anjos Proibidos”

Este processo é, na sua origem, uma certidão extraída do processo anterior, motivada principalmente pela necessidade de salvaguardar os prazos de prisão preventiva dos demais arguidos, visto que o arguido do presente processo só foi detido cerca de um ano mais tarde

dos restantes. Envolve somente um arguido, “Zero”, como será designado de ora em diante, dado que era um dos *nicknames* utilizados no fórum “Anjos Proibidos”, dedicado ao tema da pornografia infantil e à partilha de conteúdos pornográficos, o qual criou e administrava. Foi denunciado pelo arguido “TheForgotten”.

Neste, um dos maiores desafios foi provar que o arguido era a pessoa por detrás do utilizador “Zero”. No entanto, o conjunto dos indícios demonstrou, com certeza, que assim era, designadamente o facto de se encontrar frequentemente com o “TheForgotten”, a coincidência de períodos de ausência do utilizador “Zero” do *site* com ocorrências pessoais do arguido, a coincidência de conhecimentos do “Zero” na área profissional do arguido, etc.

O arguido vinha acusado de 1292 crimes de pornografia de menores previstos pelo art. 176.º-1-b), c) e d) e 5 agravados (materiais pornográficos publicados no fórum), 40 crimes pelo art. 176.º-1-c) e d), 4 e 5 agravados (divulgação de imagens com representação realista de menores) e 1440 crimes pelo art. 176.º-1-b), c) e d) e 5 agravados (ficheiros de conteúdo pedopornográfico encontrados em discos na posse do arguido), em concurso efetivo.

Ficou provado (Ac. de 05-03-20) que o arguido partilhava fotografias e filmes de teor pornográfico envolvendo menores, que partilhava esses materiais com representações realistas de menores e que detinha, em suporte informático, com o intuito de as partilhar, fotografias com o mesmo conteúdo.

Afigurou-se, considerando-se que não se tutelava bens jurídicos direta e imediatamente pessoais das crianças retratadas nos materiais pornográficos, que a solução mais adequada era considerar a existência de um único crime por cada uma das atuações do arguido, crime esse a qualificar de acordo com a conduta parcelar mais grave que seja detetada em cada uma dessas unidades criminosas. Estariam em causa diferentes unidades resolutivas, assentes numa homogeneidade de conduta do agente. Assim, destacam-se três unidades resolutivas criminosas distintas: (1) a partilha de fotografias e filmes pedopornográficos; (2) a partilha de materiais pornográficos com representação realista de menores; (3) a detenção de fotografias com o propósito de as vir a divulgar.

Sendo três unidades criminosas, distinguíveis (ou seja, não homogeneizáveis) quer pelo modo de execução das mesmas, quer pelo conteúdo concreto que foi objeto da ação, estamos em presença de três distintos crimes de pornografia de menores.

Foi, por isso, o arguido condenado pela prática 1 crime de pornografia de menores agravado, previsto e punido pelos arts. 176.º-1-c) e 177.º-7, na pena de 5 anos de prisão, 1 crime de pornografia de menores pelo art. 176.º-1-c) e 4, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão e 1 crime de pornografia de menores agravado pelos arts. 176.º-1-d) e 177.º-7, na pena de 4 anos e 3 meses de prisão. Além destes foi ainda condenado por 33 crimes de abuso sexual de crianças

(art. 171.º-1 e 2) agravado e 21 crimes de recurso à prostituição de menores (art. 174.º-1 e 2) agravado. Em cúmulo jurídico, foi determinada uma pena conjunta de 21 anos de prisão.

CAPÍTULO II: O CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES E O PROBLEMA DA UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES

PREÂMBULO

No decorrer do estágio curricular, contactei com diversos processos judiciais relacionados com crimes sexuais³, mormente com os crimes de abuso sexual de crianças (art. 171.º) e de pornografia de menores (art. 176.º), que apresentavam vários problemas em comum, a saber:

(1) A acusação do arguido por um número exorbitante de crimes correspondentes ao preenchimento múltiplo do mesmo tipo de crime (concurso efetivo e homogéneo de crimes), por vezes ascendendo às centenas ou mesmo aos milhares, trazendo questões de ordem prática (designadamente, de prova) e de adequação dogmática no âmbito da unidade e pluralidade das infrações;

(2) A dúvida sobre a possibilidade de o tipo de crime abranger, numa aplicação singular, uma pluralidade de atos ou comportamentos criminosos homogéneos ou, pelo contrário, um ato apenas, praticados pelo mesmo agente. Por outras palavras, o problema da delimitação do tipo de crime em causa ou do facto típico, a par da ausência de um critério unânime na doutrina e na jurisprudência que solucione esse problema;

(3) A dificuldade em apurar a frequência desses atos e a conexão espaço-temporal entre as condutas do agente – em virtude da duração da atuação global e das dificuldades probatórias inerentes aos crimes que ocorrem na intimidade e das limitações da vítima em concretizar, por diversos motivos;

(4) A legitimidade e aplicabilidade da figura do “crime de trato sucessivo”, que surge em Portugal por via da jurisprudência.

Estas foram as questões que mais me suscitaram interesse (e as mais debatidas) ao longo da realização do estágio. O problema da unidade e da pluralidade de infrações, i.e., da contagem do número de crimes (no sentido de realizações típicas ou factos típicos ou puníveis) cometidos por um mesmo agente, é um tema já antigo em Direito penal, largamente debatido e que suscita opiniões muito divergentes, umas já ultrapassadas, outras que persistem até hoje.

Os problemas supra identificados centram-se, mais precisamente, na questão do alcance direto da norma incriminadora no confronto consigo mesma, ou seja, na delimitação da unidade do crime simples ou estritamente unitário⁴ relativamente a um novo crime do mesmo tipo, em especial do crime de pornografia de menores (art. 176.º), distinguindo-o do crime não

³ Crimes constantes do Cap. V do Título I do Livro II do CP.

⁴ Utilizamos a terminologia de Lobo Moutinho, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito penal português*, 2005, pp. 443 e ss..

estritamente unitário. Por isso, não nos alongaremos, designadamente, em matéria de concurso aparente de crimes ou do crime continuado do art. 30.º-2 (por força das limitações de tempo e extensão que nos são impostas).

O problema da delimitação da unidade do crime é uma área que envolve diversos critérios e figuras, entre as quais, a polémica e ainda bem atual figura do “crime de trato sucessivo” que iremos analisar. O ponto 1 tratará, por isso, dos critérios de identificação e delimitação do crime estritamente unitário mais utilizados pela jurisprudência, das figuras legais que dão o seu contributo para a resolução do problema, da procura pelo critério mais corretamente fundamentado, da tutela eminentemente pessoal dos bens jurídicos, e, por fim, da (in)admissibilidade da figura do “crime de trato sucessivo”.

No segundo ponto, centrar-nos-emos no crime de pornografia de menores, pelo simples facto de a questão da unidade e pluralidade de infrações ser, em grande parte, influenciada pela norma incriminadora a aplicar ao caso concreto e, desta forma, podermos ter uma abordagem mais prática. Apesar de ser possível desenvolver uma teoria geral sobre o assunto, as respetivas soluções estão intimamente ligadas ao tipo de crime em causa, visto que, não só cada norma incriminadora tem uma estrutura própria e, correlativamente, tem um específico alcance num único preenchimento, como também o critério legal nesta matéria, presente no art. 30.º-1, coloca o “tipo de crime” como elemento crucial da determinação do número de crimes. Nesse preceito legal refere-se que os crimes se contam “pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”.

Selecionámos o crime de pornografia de menores, em detrimento, por exemplo, de outros crimes de natureza sexual, antes de mais, em resultado das referidas limitações espaço-temporais que a este Relatório de Estágio são impostas. Em segundo lugar, devido à impossibilidade de dar uma resposta suficientemente precisa e útil do ponto de vista prático aos presentes problemas se analisarmos a questão quanto a todos os crimes sexuais ou mesmo somente quanto a um grupo deles – ainda para mais se, nesse grupo, estiver incluído um crime tão singular e complexo como este. Em terceiro lugar, deve-se ao facto de termos acompanhado, durante o estágio, os dois processos descritos supra, relativos ao crime de pornografia de menores, paradigmáticos em Portugal, onde se colocaram os problemas identificados. Por último, estamos a falar de um crime relativamente recente na nossa legislação - surge com a reforma do CP de 1995 -, que tem sofrido, desde então, sucessivas alterações legislativas (em grande parte provocadas pela explosão tecnológica a que vimos assistindo e derivada intensificação do impacto e desenvolvimento deste crime na sociedade)

e só em 2007 (Lei n.º 59/2007, de 04-09) foi consagrado num tipo de crime autónomo. É um crime cujo tipo atual é recente e, por conseguinte, doutrinariamente menos abordado.

Por fim, no ponto 3, concluiremos sobre os critérios aplicáveis no âmbito da unidade e pluralidade de infrações, bem como sobre as soluções aos dois processos descritos e aos problemas supra identificados.

1. O Problema da Unidade e Pluralidade de Infrações no Crime de Pornografia de Menores

1.1. O crime estritamente unitário

A temática da unidade e pluralidade de infrações é crucial, pelo menos, sob dois pontos de vista. No plano jurídico-constitucional, contende com o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º-5 da CRP) que compreende as vertentes da proibição da dupla valoração – onde é determinante saber o que ainda corresponde à *mesma* unidade criminosa - e do mandado de esgotante apreciação da globalidade da matéria submetida à apreciação do tribunal no seio de um processo judicial. Por outro lado, determina as consequências jurídicas que resultam para o agente, qual o regime de punição a que o seu comportamento se deve submeter e o(s) meio(s) para se chegar a uma solução justa, proporcional e dogmaticamente fundada, à luz da lei vigente.⁵

Em contraste, convém alertar para o facto de que essa solução não irá implicar necessariamente uma pena de menor ou maior gravidade consoante se conclua pela unidade ou pela pluralidade de infrações, respetivamente. É importante desfazer, desde já, esta ideia, frequentemente pré-concebida. Como afirma Lobo Moutinho, “Trata-se, apenas e só, de proceder à determinação da pena – seja mais grave, seja menos grave – que corresponde àquilo que ele [o agente] praticou – isto é, à estrutura real e valorativa que assiste àquilo que ele fez – segundo os princípios gerais do sistema punitivo vigente”⁶. Além disso, é importante salientar que a opção pela unidade tão-pouco significa não punir os demais atos, mas sim punir *de outra forma*. Logo, o mandado de esgotante apreciação não será afetado, seja qual for a solução a que chegemos.

Do que realmente se trata, então, é de encontrar uma solução jurídica para os problemas em causa, devidamente fundamentada e coerente com o nosso sistema penal atual, isto é, definir a dogmática dos tipos de crime e, assim, os limites do crime estritamente unitário (aquele que deriva diretamente da norma incriminadora singular⁷).

Para melhor situarmos o nosso ponto de análise, atentemos no seguinte esquema:

⁵ Cf. Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Tomo I, 2019, pp. 1138-1140.

⁶ V. José Lobo Moutinho, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*, 2005, pp. 421-424.

⁷ Cf. Lobo Moutinho, p. 318.

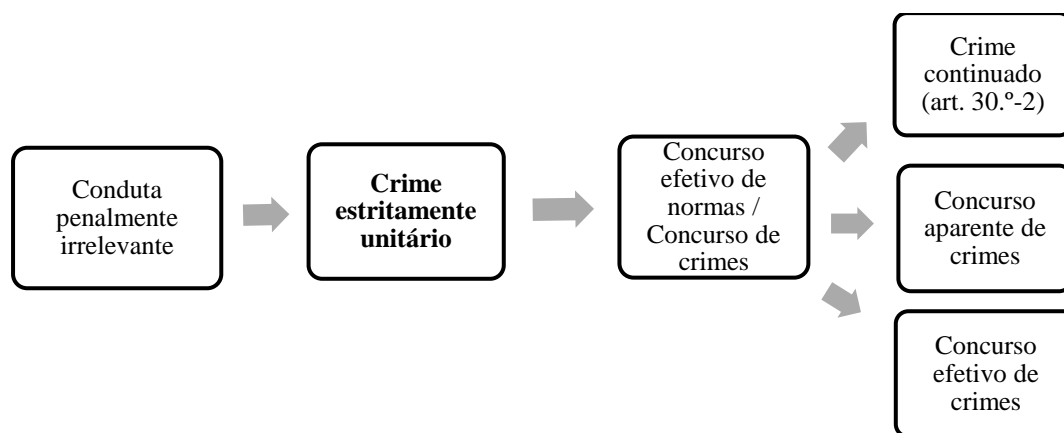


Figura 2- As etapas na análise da unidade e pluralidade de infrações.

Para conhecermos a fronteira entre o crime simples e o concurso (homogêneo) de crimes, teremos de compreender, antes de mais, em que consiste, qual a estrutura e o alcance gerais do “tipo de crime” referido no critério geral do art. 30.º-1, que consiste no ponto de referência para a determinação da unidade e pluralidade das infrações (e não o número de ações praticadas⁸). Assim, este critério traduz-se apenas num “princípio geral da solução”⁹, isto é, num ponto de partida para o problema, cabendo à doutrina e à jurisprudência a sua necessária concretização.

De forma a concretizar esse mesmo critério e a esclarecer em que situações é que o mesmo tipo de crime se encontra, ou não, preenchido por mais do que uma vez, a doutrina foi formulando vários critérios “concretizadores” ao longo dos tempos e, atualmente, deparamo-nos ainda com, pelo menos, três figuras legais (o crime permanente, o crime continuado e o crime habitual presentes no art. 119.º-2) que trazem indicações relevantes nesta matéria. Hoje, os critérios doutrinários mais aceites e utilizados pela jurisprudência para delimitar o crime simples são os critérios do número de resoluções criminosas, formulado por Eduardo Correia, e do número de sentidos jurídico-sociais de ilicitude no comportamento global do agente, da autoria de Figueiredo Dias. Sobressai, no entanto, a nosso ver, uma outra doutrina, pouco seguida pela jurisprudência, porém de grande relevância e, pelo menos, de ponderação obrigatória - a tese de Lobo Moutinho.

No que respeita ao crime de pornografia de menores, as questões problemáticas surgem, por um lado, quanto ao facto duradouro (na terminologia de Lobo Moutinho¹⁰), i.e., quanto à duração ou persistência temporal do facto típico em todos os seus elementos (o comportamento do agente persiste, juntamente com os restantes elementos do crime), o qual, se analiticamente

⁸ V. Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 1141 e ss.

⁹ Expressão utilizada pelo Ac. do STJ, de 30-09-2015.

¹⁰ V. *ob. cit.*, pp. 534 e ss.

analisado, daria origem a uma pluralidade de realizações típicas. Constituem casos de solução dúbia, p.e., aqueles em que o agente tira 20 fotografias pornográficas, em ato seguido, à mesma vítima menor ou em que, repetidamente, por vários dias, meses ou anos, se aproveita da mesma vítima menor e a fotografa ou filma em poses pornográficas.

Por outro lado, surgem aquando da averiguação dos bens jurídicos tutelados pelo crime, para saber se estamos ou não perante bens jurídicos eminentemente pessoais. Essa resposta traduz-se em saber, como veremos, se a utilização de dois menores em fotografias pornográficas, ainda que em simultâneo, origina, pelo menos, dois crimes – um por cada vítima – e se cada fotografia corresponde, necessariamente, a um novo crime por se considerar que cada ato consiste numa nova lesão do bem jurídico; ou se, pelo contrário, não estando em causa bens daquela natureza, a utilização de vários menores ou a divulgação de fotografias onde constam vários menores poderá originar um único crime.

a) O critério do número de resoluções criminosas de Eduardo Correia

É um critério que tem tido largo acolhimento pela jurisprudência portuguesa mediante a prática, pelo mesmo agente, de uma multiplicidade de atos homogêneos¹¹. Tem a sua origem em Eduardo Correia na sua monografia intitulada *Unidade e Pluralidade de Infracções* (1945)¹².

O Autor parte do critério da “unidade ou pluralidade de significações, de valores jurídicos criminais negados por um certo comportamento humano”¹³. A fonte de conhecimento dessa antijuridicidade ou ilicitude criminal corresponde à *tipicidade*; são expressas pelos tipos legais de crime. Pelo que o número de tipos legais de crime (entendidos num sentido restrito, enquanto tipo sistemático e estritamente objetivo¹⁴) preenchidos pelo comportamento do agente determinará, pelo menos à partida, o número de crimes cometidos – critério do número de tipos legais preenchidos ou de bens jurídicos negados ou violados.

Deste modo, no que respeita à contagem do número de crimes subsumíveis ao mesmo tipo de crime, num primeiro momento, formalmente, seríamos forçados a admitir sempre a unidade do crime, por se tratar do preenchimento de um único tipo de crime. Num segundo momento, para atenuar este desequilíbrio, poderia, afinal, surgir uma multiplicidade de crimes caso se discernissem diversos *juízos de censura ou de reprovação* à pessoa do seu agente, dando uma especial e determinante relevância à *culpa*, por corresponderem ao número de vezes que a

¹¹ V. Acs. do STJ, de 25-11-2015 e de 27-11-2019.

¹² In *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, I, 1996.

¹³ Unidade, p. 84.

¹⁴ Unidade, pp. 71-73, 89, n. 1, 95, n. 1.

norma não conseguiu cumprir a sua “função de determinação” relativamente ao agente¹⁵. Outra hipótese em que ocorrerá pluralidade de infrações, preenchendo-se várias vezes o mesmo tipo de crime, será nos termos da teoria do desdobramento dos tipos¹⁶, designadamente quanto às normas que protegem bens jurídicos eminentemente pessoais.

Assim, da estrita relevância do tipo objetivo de crime - no caso de os diversos atos serem subsumíveis a diferentes tipos de crime - passamos para a relevância exclusiva da culpa - nos casos em que está em causa o número de realizações típicas do mesmo tipo de crime - que, para Eduardo Correia, inclui o dolo e a negligência.

É no âmbito da importância do número de juízos de censura que surge a “famosa” noção de resolução criminosa, entendida no sentido de conclusão do processo de motivação ou do momento psicológico em que o agente ponderou os prós e os contras e decide (continuar a) atuar, distinguindo-se da vontade executiva. É no momento da formulação dessa resolução que a norma se tornou ineficaz na motivação do agente, pois não conseguiu cumprir a sua função determinadora, originando-se tantos juízos concretos de reprovação quantas as vezes em que a norma se verificou ineficaz para o agente, isto é, quantas as resoluções criminosas que ele formulou. Assim, caso se dê como provada a multiplicidade de resoluções criminosas, estaremos perante uma pluralidade de crimes; se, por outro lado, se considerar a existência de uma unidade de resolução, então será de admitir um único crime.¹⁷

Um indício determinante para a verificação da unidade de resolução (critério subjetivista), indica Eduardo Correia, é, segundo as regras da experiência e as leis da psicologia, a *conexão temporal* entre as diversas condutas (ou “momentos da conduta”¹⁸) do agente (critério objetivo). Por oposição, a desconexão entre elas origina uma pluralidade de crimes¹⁹. Chegamos à pedra-de-toque do critério do número de resoluções criminosas.

Foi este o critério utilizado, designadamente, num dos casos acompanhados ao longo do estágio curricular, admitindo-se claramente que, tratando-se do mesmo tipo de crime (respeitante ao crime de abuso sexual de crianças), o número de vezes que o mesmo é preenchido se conta pelo número de resoluções criminosas. Contudo, no acórdão proferido, acabou-se por unificar a prática de diversos atos sexuais de relevo com a mesma vítima num único crime em razão da *unidade de contexto situacional* ao longo do mesmo dia,

¹⁵ Unidade, p. 94.

¹⁶ Unidade, pp. 122-123 e 255-256.

¹⁷ Unidade, pp. 94-95.

¹⁸ Unidade, p. 96.

¹⁹ Unidade, pp. 96-97. Eduardo Correia entendeu o critério das resoluções criminosas como um fator meramente multiplicador do número de crimes, ou seja, admitiu a prova em contrário no sentido da existência de uma pluralidade de resoluções no mesmo contexto temporal (e, por isso, de uma pluralidade de crimes), mas não o contrário (pp. 99-100); v. Lobo Moutinho, *ob. cit.*, pp. 488-489, afirmando que tal se traduz na “substituição de uma ficção à realidade”.

considerando-se, simultaneamente, a existência de *múltiplas resoluções criminosas* pelo facto de ter havido intervalos entre as condutas, em que viram um filme, tomaram banho e dormitaram. Ou seja, afinal, o critério decisivo (e independente de qualquer outro) mostrou-se ser o do *número de contextos situacionais ou espaço-temporais*, procedendo-se à unificação dos diversos atos cometidos no mesmo dia e local, em detrimento de se concluir pela prática de vários crimes em função da pluralidade de resoluções identificada.

De facto, não podemos considerar a unidade ou pluralidade de contextos espaço-temporais um indício decisivo para o número de resoluções criminosas, uma vez que se pode vir a provar o contrário em julgamento (e Eduardo Correia não aceita a prova da resolução criminosa única em caso de pluralidade de contextos temporais) e que não se pode atribuir essa relevância à vaga invocação da experiência e leis da psicologia. Esta tese sofre ainda de uma contradição quando o Autor admite a possibilidade de haver premeditação ou protraimento da resolução criminosa – caracterizados pela resistência da resolução criminosa por um largo período de tempo até à consumação do crime²⁰.

Além disso, o método que Eduardo Correia desenvolve para resolver o problema da delimitação da unidade do facto respeitante ao mesmo tipo de crime, baseado no elemento da culpa, é questionável. Lobo Moutinho identifica como pressuposto basilar do método para o problema em causa a íntima conexão entre a definição do crime e a determinação da sua unidade. Ora, se para contar os crimes necessitamos de saber o que se deve entender por *um* crime e se, desde logo, reduzimos o conceito de crime ao número de resoluções criminosas e à culpa, então não é mais um critério para a determinação do número de crimes, mas sim para o número desse algo. Equivale a dizermos que um tipo de crime se preenche (critério legal) quando o agente *decide* infringir a norma.²¹

De acordo com o critério em análise, contam-se os crimes subsumíveis ao mesmo tipo de crime com recurso a apenas um dos seus aspetos, a culpa, desconsiderando o comportamento criminoso e o resultado material. Não se resumindo o tipo de crime considerado pelo art. 30.º-1 à culpa ou às resoluções criminosas do agente, “a eventual pluralidade de processos deliberativos não pode, por si só, constituir factor de multiplicação do crime”²².

Ademais, a relevância exclusiva atribuída ao número de resoluções criminosas levaria, por um lado, a tantos crimes quantas as vezes que o agente se deixasse “penetrar pelos contra-

²⁰ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, pp. 301-302. V. Lobo Moutinho, p. 530.

²¹ Lobo Moutinho, pp. 49, 74 e ss. e 485 e ss., onde afirma que “fazer equivaler a unidade do crime à unidade duma resolução criminosa, embora possa ser lógico a partir de uma compreensão reducionista do crime – que forceja por deitar o comportamento criminoso fora da respectiva estrutura -, revela-se tão inaceitável como essa sua radical premissa e precisamente por causa dela cai fatalmente em resultados verdadeiramente absurdos” (p. 486).

²² Lobo Moutinho, p. 610.

motivos (...) de forma a, pelo menos transitòriamente, desistir do seu desígnio”²³, isto é, por cada ponderação motivacional que o agente formulasse. Por outro lado, quando se provasse que o agente, ao abrigo de uma única resolução, se passou a dedicar ao furto durante vários meses ou apenas semanas, teríamos de admitir que o comportamento global do agente corresponderia a uma única realização típica. Não é aceitável.

De resto, para além da duvidosa legitimidade de não se admitir a contraprova nos casos em que, à partida, por força da pluralidade de contextos temporais, haveria multiplicidade de resoluções criminosas, parece subverter-se o critério legal do art. 30.º-1 (colocando-se em causa o princípio da legalidade), pois, por um lado, defende-se um tipo em sentido objetivo, mas, por outro, identifica-se a culpa como elemento decisivo na determinação do número de crimes, a qual, sem sombra de dúvida, não se equipara à descrição e valoração do tipo de crime. Parece pôr de parte o critério legal do número de preenchimentos do tipo de crime.

Outros argumentos se poderiam enunciar em desfavor da aplicação do critério *sub judice*, tal como a falta de apoio na lei – que nada menciona, direta ou indiretamente, sobre a relevância das resoluções criminosas –, pelo contrário, prevê o crime único em situações onde tudo indica a renovação do processo de motivação do agente (v. arts. 158.º-2-a), 211.º e 214.º-2). Ou ainda a incongruência de, por via deste critério, se atribuir um valor totalmente diverso ao caso em que o agente formula uma resolução inicial indeterminada (no sentido em que vai decidindo o que fazer durante a própria execução), que originaria uma unidade de resolução, e ao caso em que o agente, durante a execução, decide alterar a decisão inicial e determinada que tomou, o que resultaria numa pluralidade de resoluções criminosas e, logo, numa pluralidade de crimes.²⁴

b) O critério do número de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global de Figueiredo Dias

Este é o critério avançado por Figueiredo Dias²⁵ para determinar a unidade e a pluralidade de tipos legais violados - à luz da lei atual –, ou seja, para distinguir o crime estritamente unitário do concurso de crimes. Uma parte da doutrina²⁶ e da jurisprudência²⁷ concorda que este é o critério decisivo para esse fim.

²³ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, citado por Lobo Moutinho, p. 531.

²⁴ Cf. Lobo Moutinho, pp. 610-614.

²⁵ *Direito Penal*, I, pp. 1146 e ss.

²⁶ V. M. Paula Ribeiro de Faria, *Formas Especiais do Crime*, pp. 376-378 e João da Costa Andrade, *Da Unidade e Pluralidade de Crimes*, pp. 143 e ss.

²⁷ Acs. do STJ, de 16-01-2020 e de 12-07-2012 e Ac. do TRP, de 13-03-2019.

Este Autor diverge de Eduardo Correia, desde logo, quanto à primazia do tipo de crime estritamente objetivo que este defende e, no caso do concurso homogêneo, à exclusiva consideração da culpa do agente. Figueiredo Dias crê ser determinante o tipo de ilícito por este ser “o verdadeiro portador da ilicitude material (...) formado pelo tipo objetivo e pelo tipo subjetivo de ilícito”, tornando irrelevante o elemento da culpa. Da análise destes elementos e, posteriormente, da sua consideração global, resulta “o sentido jurídico-social da ilicitude material do facto que o tipo abrange”.²⁸

Por outras palavras, para o Autor, aquilo que se tem de contar na determinação do número de crimes são “sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes que vivem no comportamento global”. Deste modo, se corresponderem ao comportamento do agente vários sentidos jurídico-sociais de ilicitude, em princípio, será determinada uma pluralidade de crimes.²⁹

Este critério convoca a ideia de que nem nos devemos guiar unicamente pelo mundo natural e, logo, pelas ações em sentido naturalístico, nem podemos substituir a realidade tal como ela se apresenta e acontece pela lupa puramente técnica e objetiva do Direito e das normas, construindo uma realidade à parte para o mundo jurídico³⁰. Daí que, segundo este critério, o relevante seja encontrar os sentidos *jurídico-sociais*, os *sentidos ou substratos da vida jurídico-penalmente relevantes* ou os *sentidos sociais de ilicitude*³¹. De facto, temos de “ponderar o contexto em que [as condutas] são praticadas”³².

Do que foi dito retira-se também que, enquanto na conceção de Eduardo Correia se considera ora a tipicidade, ora a culpa como os elementos relevantes para a solução do problema *sub judice*, para Figueiredo Dias os elementos relevantes são os elementos objetivos (autor, conduta e bem jurídico) e subjetivos do tipo de ilícito (designadamente, os processos resolutivos do agente)³³. Requer-se a ponderação, de forma global e contextualizada, de vários elementos do crime em ordem a concluir pela unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude global e, pois, pelo crime estritamente unitário ou não.

Neste sentido, a tese deste Autor é, a nosso ver, mais adequada do que a anterior, na medida em que, comparativamente, se aproxima mais do tipo de crime em sentido amplo, enquanto previsão da norma incriminadora – solução com a qual concordamos e que analisaremos infra -, e tem em conta a realidade tal como ela ocorre e não analiticamente analisada, como uma mera abstração.

²⁸ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 1147-1149.

²⁹ *Idem*, pp. 1149-1150.

³⁰ Ficando a meio caminho entre o “formalismo” e o “realismo” ou “materialismo”. Sobre este assunto, v. p.e., Lobo Moutinho, pp. 323 e ss.

³¹ Expressões utilizadas por Figueiredo Dias ao longo da sua exposição.

³² Paula R. de Faria, p. 377.

³³ *Ob. cit.*, p. 1170, n. 4.

Assim, no respeitante à delimitação entre o crime estritamente unitário e o concurso heterogéneo de crimes, ultrapassada a eventual questão da unidade de norma ou de lei³⁴, uma “*pluralidade de normas típicas* concretamente aplicáveis ao comportamento global” permite que se admita ou, pelo menos, constitui forte indício de uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude³⁵. Quanto a condutas homogéneas, como veremos, não será tão fácil saber em que situações se deve concluir pelo sentido social de ilicitude único ou, ao invés, pela sua multiplicidade no comportamento global do agente.

A doutrina de Figueiredo Dias não se esgota com o que foi dito. Só fica completa, para o nosso fim, se mencionarmos igualmente a sua doutrina sobre o concurso aparente e o concurso efetivo de crimes³⁶. Assim, se admitirmos a unidade de sentidos sociais de ilicitude típica no comportamento global do agente, somos reconduzidos à unidade do facto punível e ao crime estritamente unitário. Mas se, pelo contrário, admitirmos uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude e, por isso, um concurso de crimes, encaramos um segundo momento, onde se verifica se esse concurso é efetivo, puro ou próprio ou, por outro lado, aparente, impuro ou impróprio. Neste último, o regime de punição não seguirá os termos do art. 77.º.

Para se verificar um concurso efetivo de crimes, os vários sentidos têm de ser *autónomos* entre si, isto é, não se podem intersetar, ou conectar, de tal forma que um dos sentidos de ilícito se revele dominante relativamente aos demais. Verificada essa predominância a tal ponto que, “à luz dos significados socialmente relevantes”, a punição do comportamento do agente pelo art. 77.º resultaria numa solução jurídica injusta e desproporcionada, bem como violadora da proibição de dupla valoração, estamos perante um concurso aparente de crimes. Deste modo, revela-se, afinal, um predominante, conducente à determinação de uma pena unitária, a determinar nos termos do art. 71.º.³⁷

Ora, no âmbito do concurso homogéneo aparente, abordam-se alguns critérios de determinação desse sentido unitário do ilícito que já nos são conhecidos³⁸, tais como (1) a *unidade de desígnio criminoso*, recorrendo-se, designadamente, ao plano do agente, podendo revelar-se um fator relevante ou mesmo decisivo para a punição por um único crime, independentemente da conexão temporal entre os factos típicos; (2) a *conexão espácio-*

³⁴ *Ob. cit.*, pp. 1153 e ss.

³⁵ *Ob. cit.*, p. 1169.

³⁶ *Ob. cit.*, pp. 1151-1152 e 1168 e ss.

³⁷ *Ob. cit.*, p. 1175.

³⁸ Sobre os critérios, v. *ob. cit.*, pp. 1179 e ss. Figueiredo Dias aponta ainda outros critérios além dos referidos, mais eficazes ou unicamente aplicáveis ao concurso heterogéneo aparente.

temporal entre os atos, que pode perfeitamente prevalecer sobre a pluralidade de desígnios criminosos³⁹.

Ora, no âmbito desta doutrina, o critério da unidade ou pluralidade de contextos situacionais ou espaço-temporais claramente é apontado como um indicador do concurso aparente de crimes. Porém, surge a questão de saber se o mesmo não será igualmente adequado enquanto indício do crime estritamente unitário e, logo, da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilícito. Designadamente, o Autor refere uma situação-exemplo em que a mesma norma é violada mais do que uma vez (“H ofende num dia a integridade física de I e, encontrando-o de novo uns dias passados, repete a conduta”⁴⁰), dando a ideia de que o distanciamento temporal é um fator diferenciador das realizações típicas e que, no caso em que o agente dê vários murros, de seguida, à mesma pessoa, já estaremos perante uma só realização típica e um único sentido social de ilicitude. Faria todo o sentido que assim fosse, o problema é que é contraditório afirmar que representa um indício de ambos, pois se for de reconhecer um único sentido de ilícito por via da unidade do contexto situacional, isso retira-lhe qualquer utilidade enquanto indício do concurso aparente de crimes. O mesmo se poderá afirmar quanto ao indício da unidade de desígnio criminoso, que também não servirá para delimitar o crime simples.

Demonstra-se, por isso, ténue a linha de fronteira entre o crime estritamente unitário e o concurso aparente de crimes. Em nossa opinião, não se deverá partir, desde logo, para o concurso aparente de crimes, resumindo o crime estritamente unitário à forma mais simples do crime, ao seu mínimo, e seguindo um método estritamente formal na análise dos tipos de crime concretamente preenchidos.

Resta salientar a existência de um fator que determina, em definitivo, a pluralidade de sentidos autónomos de ilicitude no comportamento total, que é a lesão de bens jurídicos eminentemente pessoais relativos a diferentes vítimas, como iremos desenvolver infra (ponto 1.1-e))⁴¹.

O que é certo é que o presente critério pressupõe, então, na delimitação do facto típico, uma análise de vários elementos do crime, tais como a conduta, o bem jurídico e os elementos subjetivos (como o dolo ou a negligência), e da sua consideração global, de forma a determinar um ou mais sentidos sociais de ilícito, i.e., substratos da vida jurídico-penalmente relevantes⁴².

³⁹ O Autor exemplifica essa situação da conexão espaço-temporal entre as condutas como critério decisivo com o caso “dos atos sexuais de relevo (...) praticados sobre a mesma vítima (art. 163.º e ss.): a unidade de contexto espaço-temporal sugere vivamente ou, na maioria dos casos, mesmo impõe a unidade de sentido do ilícito global, ainda mesmo porventura no caso de renovação da resolução criminosa” (pp. 1185-1186).

⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 1170.

⁴¹ *Ob. cit.*, pp. 1172-1173.

⁴² Neste sentido, Paula R. de Faria mostra-se a favor da “inexistência de um critério único de resolução dos problemas” e, por outro lado, “da necessidade da utilização de vários indícios” (*ob. cit.*, p. 377, n. 516).

Ou seja, faz sentido atentar, por exemplo, quer no contexto espaço-temporal, quer na unidade ou pluralidade de resoluções criminosas, para determinar a unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude e, pois, de crimes.

É também duvidosa a opção de excluir a culpa dos elementos que interferem na resolução do problema, considerando apenas o tipo de ilícito para efeitos de contagem do número de crimes. Por mais que, na maioria das vezes, não seja um elemento relevante, não há razão para que ela seja excluída daquele fim – até porque, para a unificação normativa operada pelo crime continuado do art. 30.º-2, aí ela é claramente um elemento-chave⁴³.

Em conclusão, constitui uma doutrina muito mais lógica e consistente em termos dogmáticos do que a anterior. Todavia, parece “dar um salto” abrupto em direção ao concurso aparente de crimes, deixando para este âmbito indícios que deviam ser aplicados logo à partida na determinação do número de realizações típicas. Desta forma, parece defender implicitamente que o tipo de crime se cinge ao mínimo de elementos necessários à existência do crime. Esta tese, afinal, de carácter formalista, não se demonstra totalmente congruente com a conceção do Autor de que se deve avaliar os sentidos da vida (jurídico-penalmente relevantes) no comportamento global do agente. Ao afirmar que existe uma multiplicidade de factos puníveis sem considerar aqueles elementos (unidade ou pluralidade de contextos espaço-temporais e de desígnios criminosos), parece incorrer no erro que o próprio aponta a Eduardo Correia, de se orientar exclusivamente por entidades abstratas como as normas.

Terminamos com uma expressiva citação de Figueiredo Dias:

«O que se tem de contar para determinação da unidade ou pluralidade de crimes não são por uma parte ações externas, como tal indiferentes ao sentido do comportamento; nem por outro lado tipos legais de crime como entidades abstratas, *mesmo que concretamente aplicáveis ao caso*. O que se tem de contar são sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes que vivem no comportamento global.»⁴⁴

c) A tese de Lobo Moutinho

Atentemos, agora, na tese de Lobo Moutinho, que cremos ser possuidora de grande valor e constituir um excelente contributo em matéria da unidade e pluralidade das infrações. Tentaremos resumir, de seguida, a doutrina formulada por este Autor no nosso âmbito.

Baseia-se em dois pontos-chave: o primeiro traduz-se no significado dado à expressão “tipo de crime” enunciado no art. 30.º-1; o segundo na definição da estrutura do tipo de crime,

⁴³ Neste sentido, v. Lobo Moutinho, pp. 202 e 216.

⁴⁴ Direito Penal, I, p. 1149.

admitindo uma estrutura accidental do crime. Daqui resulta uma conceção distinta acerca dos limites do tipo de crime e, correlativamente, da delimitação da estrita unidade do crime (ou facto criminoso).

Lobo Moutinho⁴⁵ entende o “tipo de crime” enquanto *previsão da norma incriminadora* e, correlativamente, enquanto tipo abstrato e em sentido amplo⁴⁶ (e não restrito a um dos elementos do crime). Quer isto dizer que, em função da teleologia do instituto de que se trata (a unidade ou pluralidade de crimes), o tipo de crime encontra-se em *unidade funcional* com o tipo de pena e abrange, por definição, todos os pressupostos que condicionem a aplicação da consequência jurídica, porquanto a aplicação e a medida da pena resultam da conjugação dos vários elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpa) e a mesma não se verifica na falta de algum deles. Se assim é para a determinação da existência de um crime, assim também deve ser para a admissão de uma pluralidade deles – a teoria geral da infração deve ser mantida em relação a cada um dos crimes integrantes da pluralidade. Por isso, o “tipo de crime” enquanto previsão da norma incriminadora resulta ainda da “função expressiva” desta: “identificar ou conceptualizar o crime enquanto facto jurídico, em ordem à determinação da consequência jurídica”, isto é, precisamente a função que está em causa no seio da unidade e pluralidade de infrações⁴⁷.

Por outro lado, aponta o Autor, ainda que fosse legítimo restringir o tipo de crime a algum dos elementos do crime, por que razão o elemento “mais essencial” seria a tipicidade? Ou a ilicitude? Ou a culpa, sob a forma de resoluções criminosas?⁴⁸

Continuando a seguir a tese de Lobo Moutinho, todos os elementos do crime interferem na determinação do número de crimes, tal como para a existência de um crime. Por isso mesmo, o tipo de crime deve ser entendido em sentido amplo. Ademais, nenhum elemento, por si só, tem a força suficiente para determinar uma pluralidade de factos típicos, dado que cada elemento se encontra numa unidade vital do crime com os restantes.⁴⁹

Quanto ao segundo ponto-chave, Lobo Moutinho conclui que, por força da relativa indeterminação do tipo de crime correspondente à indeterminação do tipo de pena e da “relevância da estrutura accidental do crime que nela vai coenvolvida, o tipo de crime não se cinge ao mínimo”⁵⁰. Ou seja, no seguimento da doutrina de Cavaleiro de Ferreira⁵¹, o Autor

⁴⁵ Pp. 198 e ss.

⁴⁶ Neste sentido, v. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, I, 1997, pp. 537-538 (“tipo legal objectivo e subjectivo”) e 164 (quanto ao respetivo conceito).

⁴⁷ Lobo Moutinho, p. 210.

⁴⁸ Cf. pp. 214-216.

⁴⁹ Pp. 213 e ss.

⁵⁰ P. 535.

⁵¹ *Lições*, I, pp. 375 e ss.

considera que o crime ou facto típico é constituído por uma estrutura essencial e uma estrutura accidental, sendo esta última variável, acompanhando e alcançando as *circunstâncias* do caso concreto, dentro de certos limites. A unidade do crime simples é “gradativa”, i.e., começa no momento em que se verifica o *mínimo* exigido pelo tipo para a existência do crime (preenche-se somente a estrutura essencial do tipo de crime ou o chamado tipo próprio, estrito, nuclear ou essencial) e continua até à sua estrutura accidental (também designada de zona periférica, formando o tipo extenso ou alargado)⁵². Esta comporta as concretas dimensões lógica (extensão) e cronológica (duração) do facto criminoso. Correspondem a aspetos variáveis que o tipo de crime ainda alcança, através dessa estrutura accidental, e que irão relevar não para determinar uma pluralidade de infrações, mas antes para a determinação da medida da pena (enquanto circunstâncias a ponderar).

Lobo Moutinho chega a essa conclusão por variadas razões, entre elas, a que talvez seja mais evidente, pelo facto de haver um sistema de penas variáveis (dentro de certos limites), cuja determinação dependerá precisamente das circunstâncias do facto concreto, ainda alcançadas, por isso, pelo tipo de crime. Por efeito da referida unidade funcional, se o tipo de pena é variável, o tipo de crime também terá de variar. Aliás, se para determinar a moldura penal, o legislador teve de prever as diversas formas e graus de gravidade do facto⁵³, então é porque contou com uma certa dimensão e elasticidade do facto típico, que se refletem nos elementos essenciais e accidentais do crime. Esta conceção é igualmente consonante com a pretensão de cada tipo de crime de “dar o quadro esgotante de descrição e valoração do crime”^{54, 55}.

Quando as dimensões do facto criminoso ultrapassam o mínimo exigido para a existência do crime, fala-se na persistência ou excesso do facto criminoso nalgum ou em todos os seus elementos, situando-nos no âmbito da estrutura accidental do crime.

Se essa persistência, lógica ou também cronológica, for relativa a *um dos elementos* do crime – tais como o comportamento criminoso, o resultado material, o dolo ou negligência e/ou a culpa –, e se a respetiva norma incriminadora não limitar, direta ou indiretamente, o elemento em causa (p.e. limitando à ofensa de uma só vítima por se protegerem bens jurídicos eminentemente pessoais) e ainda se o momento de pluralidade for alcançado pela unidade dos restantes elementos do crime, então esse excesso sobre o mínimo será ponderado pelo tipo de crime, num só preenchimento, enquanto circunstância, considerada pela estrutura accidental do

⁵² Lobo Moutinho, pp. 399 e ss.

⁵³ V. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Tomo II, 2009, p. 302.

⁵⁴ Lobo Moutinho (p. 430), relativamente à delimitação superior, ou aos limites máximos, do tipo de crime, acrescenta que corresponderão aos limites “normais” da respetiva estrutura accidental, excluindo os casos “extraordinários” com uma particular atenuação ou agravação. Assim também Figueiredo Dias, *Direito Penal*, II, pp. 302 e ss.

⁵⁵ Lobo Moutinho, pp. 399 e ss.

crime. Logo, será valorado na medida concreta da pena, fazendo variar o “grau de ilicitude do facto” (art. 71.º-2-a)), mantendo-se a estrita unidade do crime.⁵⁶

Lobo Moutinho dá como exemplos dessas circunstâncias do crime, ainda alcançadas pelo tipo de crime numa só realização típica, entre outros, o agente que, num só ato, subtrai simultaneamente vários objetos, como uma carteira contendo várias moedas e uma joia (excesso lógico no comportamento criminoso ou no resultado material); a execução progressiva, como no envenenamento de outrem com doses sucessivas que, só por si, não eram adequadas a causar a morte (excesso também cronológico no comportamento criminoso); o atropelamento que provoca vários ferimentos (excesso lógico no resultado material); a pluralidade de debates internos que o agente formula dentro de si sobre a execução (excesso cronológico no dolo ou negligência e/ou culpa); ou a persistência da resolução criminosa durante um longo período de tempo antes da execução, também designada de premeditação (idem).⁵⁷

Ressalta um critério, intuitivo, mas ainda assim muito pertinente, para a identificação e justificação da persistência do facto, em detrimento da pluralidade de crimes: a unidade do facto criminoso mantém-se ou persiste na medida em que não houver uma quebra do mesmo ou um recomeço de outro⁵⁸. Ressalta a importância de ponderar o comportamento do agente no seu “conjunto”, na sua “globalidade”⁵⁹ e não em cada uma das suas parcelas, “analiticamente distinguidas”⁶⁰.

Por isso, para ser uno, o facto terá de “persistir na plenitude da sua estrutura essencial”⁶¹, no seu todo – a chamada regra de ouro da estrita unidade do facto⁶².

Assim, as doutrinas de Figueiredo Dias e de Lobo Moutinho são concordantes em afirmar a essencialidade de considerar o comportamento global do agente e, direta ou indiretamente, o significado social do facto – aspeto com o qual concordamos inteiramente.

Contudo, denotam-se diferenças nos métodos utilizados e quanto à delimitação do crime simples entre as duas doutrinas, especialmente na forma de compreender a abrangência do tipo de crime numa aplicação singular e, pois, do crime estritamente unitário. Enquanto Lobo Moutinho entende que a norma compreende uma estrutura essencial e outra accidental - flexível

⁵⁶ Pp. 476 e ss.

⁵⁷ Pp. 492, 493, 516, 522-523 e 528.

⁵⁸ P. 474. O Autor faz a comparação simbólica com o pedaço de papel de 1 cm e com o som de 3 segundos, que são divisíveis, porém, quando considerados no seu todo, sobressai a unidade.

⁵⁹ P. 533.

⁶⁰ P. 1067.

⁶¹ P. 479.

⁶² P. 490. Um exemplo dessa persistência do facto no seu todo poderá ser o caso do envenenamento progressivo em ordem a matar no seu conjunto “em virtude de, no seu todo, a pluralidade dos actos de envenenamento constituir acção adequada a produzir o resultado e de a todos eles alcançar o dolo do agente” (p. 493).

e decisiva para determinar a unidade do crime -, Figueiredo Dias, por seu turno, na maior parte dos casos, entende que se verifica uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis, atribuindo uma grande relevância e amplitude ao concurso aparente de crimes. Comparativamente com este último, Eduardo Correia confere uma maior abrangência ao crime simples, ao considerar a sua existência mediante a unidade de resolução criminosa.

Por exemplo, no caso em que o agente mata a mulher com um tiro, simultaneamente danificando-lhe o seu valioso vestido, na doutrina de Lobo Moutinho, existirá um excesso lógico (face à estrutura essencial do crime) do resultado material, ainda alcançado pela norma incriminadora e valorado no âmbito da estrutura accidental do crime – crime estritamente unitário. Também Eduardo Correia chegaria à mesma conclusão, através da unidade de resolução criminosa. Já Figueiredo Dias entende a existência de uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude no comportamento global – ultrapassando-se a estrita unidade do facto e já perante um concurso de normas -, em que um deles predomina sobre o outro⁶³, pelo que o agente será punido somente pelo crime de homicídio (art. 131.º), em concurso aparente com o crime de dano (art. 212.º).

De facto, tendemos a concordar mais com a tese de Lobo Moutinho, pelas razões anteriormente referidas relativas à conceção e delimitação do crime estritamente unitário, e pelo facto de esta visão sobre a estrutura do crime ser concordante com um não automatismo do preenchimento dos tipos de crime que, por sinal, corresponde ao critério geral do art. 30.º-1. Sendo esse, e não outro, o critério em matéria de unidade e pluralidade de crimes, devemos dar-lhe relevância, colocando o foco no número de preenchimentos do tipo de crime. Figueiredo Dias parece resolver o problema da unidade ou pluralidade de infrações, essencialmente, com recurso ao concurso aparente de crimes, o qual pressupõe que o mesmo tipo de crime se encontre várias vezes preenchido.

O art. 30.º-1 parece supor uma margem dentro do tipo de crime, uma tal estrutura accidental, pois, se bastasse a verificação de um excesso relativamente aos elementos essenciais do crime (o mínimo) para se determinar um novo preenchimento, então o critério do art. 30.º-1 seria um critério puramente formalista e algo desnecessário, desconsiderando, por outro lado, o contexto e as específicas circunstâncias do comportamento global.

Consideramos que assim não sucede, entendendo-se o comportamento do agente como um facto jurídico-penalmente relevante, mas enquanto substrato da realidade, que assume determinados contornos específicos. Assim, é necessário interpretar e concretizar aquilo que corresponde a um ou vários preenchimentos do tipo de crime. A doutrina de Lobo Moutinho

⁶³ V. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, I, p. 1182.

parece ser a que o faz de forma mais correta e, simultaneamente, mais consonante com o critério legal.

d) A imediata sequência temporal dos atos como fundamento da unidade do crime

Pode acontecer também que o excesso sobre o mínimo para a existência do crime seja relativo a *todos* os elementos ou aspetos essenciais do crime. No facto ou crime duradouro, há um *protraiamento da consumação do crime* (nos crimes consumados)⁶⁴. Essa duração poderá perfeitamente integrar a estrutura accidental do crime e constituir uma circunstância do facto, valorada pelo crime estritamente unitário enquanto aspeto do “grau de ilicitude do facto” (art. 71.º-2-a)). Temos, por exemplo, o caso dos crimes exauridos⁶⁵, em que o exaurimento do crime ainda é totalmente alcançado pela mesma realização típica e o facto se mantém o mesmo até ao termo dos comportamentos ou consequências posteriores ao primeiro momento de consumação⁶⁶.

Mas qual o alcance da duração do crime simples e quais os seus limites?

Também nesta matéria, a legislação vigente, em especial o art. 119.º (relativo ao momento inicial da contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal), fornece algumas indicações e ainda confirma a possibilidade da persistência temporal do facto estritamente unitário⁶⁷.

O n.º 2 do art. 119.º faz referência a certas “modalidades” de crimes, a saber, o crime permanente (al. a)), o crime continuado e o crime habitual (al. b)). Nesta al. b), a lei expressamente prevê a possibilidade de o facto englobar uma multiplicidade de “atos”, tomando-os como uma unidade.

Lobo Moutinho alcança a definição de cada uma dessas modalidades, em grande parte, baseando-se no paralelismo entre o art. 119.º-2 e o art. 19.º-3 do CPP – ao crime permanente corresponderá a expressão “crime que se consuma (...) por um só ato suscetível de se prolongar no tempo” e os crimes continuado e habitual corresponderão ao “crime que se consuma por atos sucessivos ou reiterados”, respetivamente. A correspondência literal entre as duas normas é notória⁶⁸.

⁶⁴ Figueiredo Dias acrescenta “por vontade do autor” (Direito Penal, I, p. 366).

⁶⁵ Sobre esta matéria, ver, p.e., Cavaleiro de Ferreira, Lições, I, pp. 395-396 e Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, 2015, pp. 311-313.

⁶⁶ Existem muitas outras modalidades de crimes que, por natureza, alcançam o facto para além do seu primeiro momento consumativo, havendo protraiamento da consumação - v. Lobo Moutinho, p. 545, n. 1628.

⁶⁷ Cf. Lobo Moutinho, pp. 540 e 558.

⁶⁸ Idem, pp. 562 e 603-604.

O crime permanente caracteriza-se pela prática de um só ato que se protraí no tempo. Estarão excluídos desta forma de realização os crimes que contenham momentos necessariamente instantâneos.⁶⁹

Quanto ao “crime continuado” previsto na al. b), não existe outra conceção possível se não a de que estamos perante uma e a mesma consumação do crime, ou seja, uma única realização típica. Primeiro, porque esta “modalidade” encontra-se na mesma al. dos crimes habituais, os quais, indubitavelmente, constituem uma só realização típica. Segundo, porque o art. 19.º-3 alude ao “crime que se consuma por atos sucessivos”, referindo-se ao “crime continuado” do art. 119.º-2-b), dando a ideia de um protraimento da consumação de um único crime pela prática de atos seguidos, em imediata sequência temporal.

No entanto, como sabemos, à expressão “crime continuado” é também associada outra conotação e outra função, que não a de delimitar o crime estritamente unitário, que é a da figura descrita no art. 30.º-2. A maioria da jurisprudência tem considerado que é a esta figura que aquelas disposições se referem.

O crime continuado do art. 30.º-2, conjugado com o art. 79.º, aplica-se à *realização plúrima* do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime, verificados certos requisitos. Ou seja, várias realizações típicas, ou consumações, são punidas de forma unitária, em resultado de uma norma da parte geral do CP que expressamente o prevê. Logo, este crime continuado (ou continuação criminosa) não consiste numa forma concreta de realização do crime estritamente unitário⁷⁰, ao contrário do crime permanente ou do crime habitual, mas antes numa *forma especial de punição* do concurso de crimes, num *tertium genus* relativamente ao crime simples e ao concurso de crimes ou numa exceção ao critério do art. 30.º-1⁷¹. Resume-se a uma artificial unificação normativa de um concurso de crimes, no sentido em que não resulta de uma interpretação teleológica, como acontece, p.e., com o concurso aparente de crimes.

Já o crime continuado do art. 119.º-2-b) caracteriza-se pela consumação única, só que prolongada no tempo, a par do crime permanente e do crime habitual⁷².

⁶⁹ Idem, p. 592.

⁷⁰ Cf. Eduardo Correia, Unidade, p. 289.

⁷¹ Sobre a conceção do crime continuado do art. 30.º-2, v. Figueiredo Dias, Direito Penal, I, p. 1200 (“constitui um tertium genus relativamente às figuras do concurso efetivo e do concurso aparente”); Lobo Moutinho, p. 593 (“figura diversa da estrita unidade do crime mas simultaneamente diversa do concurso de crimes”); M. Míguez Garcia, *O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal*, Almedina, 2.ª ed., 2012 p. 748 (“a particularidade mais relevante [do crime continuado] consiste em ser o crime continuado **uma unidade jurídica** construída sobre uma **pluralidade efetiva de crimes**”); Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, vol. II, 1989, p. 162, considerando que o crime continuado é uma “forma de concurso de crimes”; e P. P. de Albuquerque, Comentário, p. 221, n. 20 (“unificação jurídica de um concurso efetivo de crimes”).

⁷² Lobo Moutinho, pp. 595-597.

Em nossa opinião, o legislador não define essas formas concretas de realização do crime precisamente pelo facto de entender que os tipos de crime as englobam, por definição, não sendo necessário prevê-las autonomamente na parte geral do CP.

Verificamos também que a distinção entre crimes consumados por atos sucessivos ou reiterados e os vários crimes que se continuam uns aos outros (art. 24.º-1-b) do CPP) também se encontra presente na lei penal processual. Acrescente-se ainda que não é de espantar a utilização pelo legislador da expressão “continuar” ou “continuado” para significar outras realidades que não aquela descrita no art. 30.º-2, pois tem-no feito em várias disposições (v. p.e. os arts. 214.º-2, 271.º-3 e 299.º-4).⁷³

Lobo Moutinho sublinha, assim, a pertinência de a lei fazer referência a estas situações de consumação por atos “sucessivos” (ou seja, seguidos) e o sentido “útil e plenamente congruente” que esta interpretação atribui às figuras legais, que, assim, revelam verdadeiramente um protraimento da consumação, ao contrário do crime continuado do art. 30.º-2.⁷⁴

Assim, estamos perante duas noções distintas de “crime continuado” – uma corresponde a uma forma de realização ou modalidade do crime estritamente unitário (a do art. 119.º-2-b), que Lobo Moutinho designa de “crime contínuo”), a outra corresponde a uma figura especial prevista no art. 30.º-2 -, como historicamente tem sucedido⁷⁵.⁷⁶

O ponto crucial destas soluções legais e respetivas interpretações é que se depreende delas o princípio geral da *imediata sequência temporal ou da continuidade* como fundamento da unidade do crime⁷⁷, que resulta na possível unificação dos casos em que existe repetição homogénea e seguida do comportamento do agente. Está subordinado ao limite geral de toda a dimensão temporal do facto ser subsumível ao mesmo tipo de crime⁷⁸, isto é, de o facto persistir em toda a sua estrutura essencial e de o tipo de crime não impor limites à duração do mesmo.

O que faz todo o sentido quando pensamos na forma como os acontecimentos ocorrem na realidade. Como afirma Lobo Moutinho relativamente aos crimes progressivos, “o passado é

⁷³ Cf. Lobo Moutinho, pp. 597-598 e 602.

⁷⁴ Lobo Moutinho, p. 605. Outro argumento que o Autor enuncia a favor desta interpretação é o facto de a lei vigente utilizar, no art. 214.º-2, a expressão “continuar” no sentido atribuído ao “crime contínuo”.

⁷⁵ Neste sentido, Lobo Moutinho, p. 605; Cavaleiro de Ferreira, Lições, I, pp. 545 e ss.

⁷⁶ Lobo Moutinho dá como exemplos de crimes contínuos os casos em que o agente, em ato seguido, desfere uma série de pancadas ou facadas na vítima ou profere uma série de insultos contra a vítima. Também neste sentido vai alguma jurisprudência, como por exemplo o voto de vencido do Ac. do STJ, de 29-11-2012 (que cita Lobo Moutinho relativamente ao crime contínuo e à distinção entre atos sucessivos e atos reiterados) e os Acs. do STJ, de 27-11-2019 (fazendo a distinção entre crime contínuo e crime habitual) e de 22-03-2018 (que menciona o crime contínuo como uma categoria de crimes composta por atos seguidos).

⁷⁷ O Autor refere ainda outro fundamento para esse princípio geral relacionado com o significado de “ato de execução” estabelecido no art. 22.º-2-c) – v. p. 608.

⁷⁸ Lobo Moutinho, pp. 606-607.

recebido e sempre actualizado no presente. O tempo não é mera sucessão; é progressão”⁷⁹. Isso significa que, no caso de serem praticados vários atos sexuais de relevo sucessivos sobre a mesma criança ou no caso de esta ser utilizada 100 vezes, de seguida, em fotografias pornográficas, não podemos ponderar e punir cada ato como se tivesse ocorrido de forma autónoma e independente dos restantes; pelo contrário, o correto será ponderar a real progressão ou continuidade no comportamento do agente, isto é, valorar a própria sucessão de atos e a prática de cada um no seguimento dos anteriores. À partida, não será a mesma coisa praticar um ato sexual de relevo sobre uma criança num dia e, noutro dia ou na semana seguinte, praticar outro – dois atos independentes entre si – ou praticar dois, três, vários em sequência. São realidades distintas que devem ser valoradas enquanto tais. Isso só acontece se o facto criminoso for ponderado na sua globalidade, com as suas circunstâncias específicas. Com a compreensão global do comportamento valora-se, de facto, o ato de dar o décimo murro; com a análise analítica do comportamento, equivalendo o crime ao seu mínimo, cada murro corresponderá a um “primeiro murro”, enquanto atos totalmente independentes e desconectados entre si⁸⁰.

Também Figueiredo Dias o defendia quando falava na ponderação do comportamento global e que o essencial era analisar os substratos de vida jurídico-penalmente relevantes. Contudo, no caso em que o agente pratica uma série de atos sexuais de relevo seguidos com a mesma vítima, segundo Figueiredo Dias, somos reconduzidos a uma pluralidade de sentidos de ilicitude que, afinal, se resumiria num único sentido fundamental de ilicitude, por força da conexão espaço-temporal no comportamento global, determinando um concurso aparente de crimes. Diferentemente, na tese de Lobo Moutinho, o comportamento é enquadrado num crime simples, dentro dos limites de um só preenchimento da norma incriminadora, tratando-se de um crime contínuo. A respetiva medida da pena seria determinada tendo em consideração o elevado grau de ilicitude, derivado do facto de não ter sido só um, mas vários os atos praticados com a vítima.

Resta conhecer a definição de crime habitual, que se traduz numa forma concreta de realização típica caracterizada pelo protraimento da consumação através da prática de atos reiterados, no sentido de temporalmente separados⁸¹. Por outras palavras, como o próprio nome indica, traduz-se numa situação de “habitualidade” na prática do crime, sob a forma de diversos episódios temporais, como se de uma “atividade” se tratasse.

⁷⁹ P. 1071.

⁸⁰ Exemplo de Lobo Moutinho, p. 1072. O que está em causa é a consideração do crime “como vivência humana social, como facto concreto e real do seu agente” (p. 540).

⁸¹ Lobo Moutinho, pp. 617-619.

A doutrina⁸² e a jurisprudência são unânimes em restringir a admissão dos crimes habituais aos casos em que a lei, expressamente, exige ou permite esta forma de realização típica. Tal justifica-se tanto pela necessidade de compatibilizar esta modalidade (mais abrangente) com o crime contínuo e também com outras figuras constituídas por atos reiterados (a continuação criminosa, o concurso efetivo de crimes e a tendência criminosa), como através de uma interpretação teleológica, pois em princípio o crime apenas se mantém estritamente unitário nos casos de estrita continuidade entre os atos, pelo que esta solução do crime habitual só deve ser permitida nos casos em que a estrutura típica assim o indique. Ou seja, por força do tipo de crime, a continuidade exigida na realização típica singular deixa de ser necessariamente estrita e torna-se mais lata.⁸³

O tipo de crime poderá referir esse alargamento do tipo de forma direta - v.g. “de modo reiterado ou não”, como ocorre nos crimes de violência doméstica (art. 152.º) e de maus tratos (art. 152.º-A-1-a)) ou quando descreve uma multiplicidade de atos que se complementam ou se assemelham entre si e que vão sendo praticados ao longo do tempo, consistindo na prática de uma certa atividade -, mas também de forma mais indireta, designadamente quando o legislador utiliza expressões no plural (v.g., a destinação ou entrega a “menores” ou a distribuição “por um grande número de pessoas”, no crime de tráfico de estupefacientes - art. 24.º-1-a) e b) do DL n.º 15/93, de 22-01). Também nos crimes de lenocínio (arts. 169.º e 175.º) e de aborto agravado (art. 141.º-2), por exemplo, se tem aplicado o crime habitual.

Ora, quando olhamos para a legislação vigente e para os métodos e resultados das diferentes doutrinas defendidas por Eduardo Correia, por Figueiredo Dias e por Lobo Moutinho, verificamos uma consistência e uma fundamentação dogmática muito mais significativas nesta última. O estudo de Lobo Moutinho reveste-se de tal profundidade, amplitude, cientificidade, rigor e ponderação que se revela difícil de contestar face ao estado atual da lei, ou mesmo de comparar com outras doutrinas em matéria de unidade e pluralidade das infrações. Mesmo Figueiredo Dias, que avança com uma tese mais aproximada e abrangente de vários elementos do crime, não chega a ir suficientemente à raiz da questão da delimitação do facto criminoso e da sua distinção do concurso de crimes, não aplicando, com total rigor, o critério do art. 30.º-1. Por outro lado, ainda parte, tal como Eduardo Correia, de uma noção de tipo de crime reduzida, o que se traduz num pressuposto infundado.

⁸² Cavaleiro de Ferreira, Lições, I, p. 147; Eduardo Correia, Direito Criminal, I, p. 309; Germano Marques da Silva, pp. 39-40; Figueiredo Dias, Direito Penal, I, pp. 366-367.

⁸³ Cf. Lobo Moutinho, p. 606.

Contudo, embora com fundamentos distintos, na prática, as doutrinas de Lobo Moutinho e de Figueiredo Dias conduzem-nos, provavelmente, a resultados semelhantes - se tivermos em consideração os vários critérios de Figueiredo Dias para apurar o concurso aparente.

À partida, todos os crimes integram, dentro dos limites de uma mesma realização típica, a prática de vários atos – só depende da forma como sejam praticados.

Cremos, por outro lado, não ser fundamental, para a estrita unidade do crime, a unidade de resolução do agente (que pode ser totalmente dispensável), mas sim a estrita conexão temporal entre os atos (pressuposta a persistência do facto em todos os seus elementos essenciais). A lei indica-nos a importância da continuidade dos atos para serem considerados uma única realização típica, mas em nenhum momento nos remete para a essencialidade da unidade de resolução. São várias as disposições legais indiciadoras de que a norma incriminadora pode alcançar a persistência temporal do facto e que, por outro lado, o número de resoluções criminosas do agente não é um critério essencial, ou mesmo relevante em certos casos. É o caso do art. 158.º-2-a)⁸⁴, do art. 214.º-2 - “continuação do ato criminoso” quanto ao crime de dano com violência, mesmo numa situação que, à partida, por imprevisível, implicará a renovação da resolução criminosa - e do art. 211.º - ainda que o agente mude o seu propósito criminoso de praticar um crime de roubo para simplesmente conservar ou não restituir a coisa ou o animal subtraídos, formulando um novo propósito, o crime permanece o mesmo.

Desta forma, a imediata sequência temporal dos atos é *o critério geral* legítimo, face à lei atual, para determinar a estrita unidade do facto, quando este persista ao longo do tempo em todos os seus elementos, repetindo-se na forma de vários atos. Corresponde, então, ao critério da unidade e pluralidade de contextos espaço-temporais que, como vimos, sempre tem estado muito presente na resolução do problema da unidade e da pluralidade de infrações. É nele que se traduzem, na maior parte das vezes, o critério dos sentidos sociais de ilicitude e o critério de Eduardo Correia.⁸⁵

e) O caso especial dos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais

Os crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais representam um caso de normas incriminadoras que excluem da sua abrangência direta e singular uma multiplicidade de vítimas

⁸⁴ Como bem realça Lobo Moutinho (p. 567), se o legislador considerasse a unidade de resolução um aspeto fundamental para a existência da unidade do facto criminoso não teria feito depender a agravação do crime (único) de sequestro exclusivamente do tempo que a vítima é privada da sua liberdade pessoal, mas também da unidade de resolução do agente. Como não o fez, o agente, reiterando ou não o processo deliberativo, comete sempre um só crime de sequestro, mesmo que a privação da liberdade dure dez ou vinte dias seguidos.

⁸⁵ Cf. Lobo Moutinho, p. 607, n. 1819.

– normas que delimitam numericamente o facto quanto ao objeto da ação⁸⁶. O facto de a norma se limitar a descrever e valorar a ofensa (ou ofensas) a uma só pessoa significa que, por cada vítima, haverá um novo facto típico e, pois, uma nova infração.

Considera-se que a tutela de natureza eminentemente (ou altamente) pessoal representa um imperativo constitucional derivado da esfera física e moral própria de cada cidadão e da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º e 25.º-1 da CRP)⁸⁷. Assim, a limitação do crime a uma só pessoa ofendida assenta na premissa de que cada pessoa merece uma tutela jurídica autónoma e que unificar atos praticados contra várias pessoas num único crime significa “coisificar” as vítimas, não lhes dando as devidas dignidade e proteção jurídica. A vida, a liberdade pessoal ou sexual, a integridade física, e.o. consubstanciam-se em pessoas concretas, não agrupáveis, e em cada uma destas lesa-se um bem jurídico completamente distinto dos demais⁸⁸.

Daqui resulta que a natureza eminentemente pessoal decorre do próprio bem jurídico, ou seja, é inerente a determinados bens jurídicos. É desta opinião Figueiredo Dias quando afirma que “devem seguramente considerar-se aqueles que são protegidos pelos tipos legais de crime contidos no Título I da PE do CP”, isto é, os bens tutelados nos crimes contra as pessoas – vida, vida intrauterina, integridade física, liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexual, honra, reserva da vida privada e o direito à palavra e à imagem. Considera ainda abrangidos os crimes complexos, em que um dos bens jurídicos tutelados tenha aquela natureza (v.g. o crime de roubo - art. 210.º). Deixa, ainda, em aberto a possibilidade de também os crimes exclusivamente patrimoniais tutelarem bens de carácter eminentemente pessoal, deixando, perentoriamente, de fora desta tutela somente os tipos legais que protegem bens jurídicos supraindividuais.⁸⁹

No entanto, Lobo Moutinho enuncia dois requisitos gerais para a existência de uma tutela penal de natureza eminentemente pessoal. O primeiro consiste em tratar-se de um bem jurídico tutelado num crime dominado por momentos pessoais, isto é, um crime contra as pessoas. O segundo requisito traduz-se no facto de o crime em questão não admitir “franjas de comunidade ou comunhão entre várias pessoas”. Exclui, por isso, p.e., os crimes contra a honra (arts. 180.º e ss.), pela possibilidade de ser ofendido um aspeto comum a várias pessoas e os crimes contra

⁸⁶ Lobo Moutinho, p. 630.

⁸⁷ V. Acs. do STJ, de 20-02-2019 e de 24-09-2014.

⁸⁸ Também neste sentido, Eduardo Correia (Unidade, pp. 123 e 255-256) na sua teoria do desdobramento dos tipos. Sobre o afastamento desta teoria, mas não da ideia referida, v. Lobo Moutinho, pp. 177 e ss.

⁸⁹ Direito Penal, I, pp. 1172-1173.

a reserva da vida privada (arts. 190.º e ss.), por, igualmente, poder ser lesada a vida privada de várias pessoas ao mesmo tempo.⁹⁰

Concordando com aquele primeiro requisito, discordamos no entanto com o segundo. Entendemos que, mesmo que o comportamento atinja várias pessoas em simultâneo, isso não deve impedir a admissão de uma tutela eminentemente pessoal, devido à própria natureza do bem jurídico em causa. Consideramos, por isso, que o bem jurídico que lese diretamente uma pessoa traz em si mesmo essa carga eminentemente pessoal.

Porém, a norma incriminadora pode interferir na natureza do bem jurídico, como em todas as questões referentes à unidade e pluralidade de infrações. Por exemplo, o bem jurídico vida pode ser tutelado de forma coletiva e não necessariamente de modo eminentemente pessoal, dependendo da estruturação do tipo de crime.⁹¹

Em resumo, diríamos que, nestes casos, a norma incriminadora, numa só realização típica, não é adequada a esgotar o comportamento na sua globalidade. Assim, concordamos com Paula R. de Faria quando afirma que este é um caso claro em que “a valoração social das circunstâncias e do sentido da conduta praticada se sobrepõe ao funcionamento de critérios ou pressupostos de valoração definidos”⁹², no sentido em que, na maior parte das vezes, assumimos a natureza eminentemente pessoal dos bens jurídicos e correlativa pluralidade de crimes com base numa conceção de ordem social.

Já vimos que a grande relevância de uma tutela desta natureza é a consequência de se punir o comportamento do agente por um número de crimes correspondente ao número de vítimas. Resulta que, nestes casos, o número de lesões do bem jurídico eminentemente pessoal tem um peso decisivo na determinação da unidade e pluralidade de infrações, pelo que, nestes casos, alguma doutrina admite a existência de um crime por cada “autónoma utilização e ofensa do bem jurídico pessoal” titulado por certa pessoa, mesmo quanto à mesma vítima⁹³. Tal como refere Helena Moniz, enquanto relatora do Ac. do STJ, de 20-04-2016, existirá “um crime de violação sempre que se ofenda o bem jurídico da liberdade sexual, sempre que o novo ato constitua novo constrangimento da vítima, sempre que a vítima tenha sido novamente obrigada, novamente ameaçada, constrangida, violentada”.

Discordamos, no entanto, com o automatismo de considerar que, em cada conduta ou ato do agente, se renova a lesão do bem jurídico, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Poderá ser de admitir, nos termos gerais, a unificação de atos em imediata sequência

⁹⁰ P. 644.

⁹¹ V. Lobo Moutinho, pp. 637 e ss.

⁹² P. 378.

⁹³ Cf. Helena Moniz, “Crime de trato sucessivo (?)”, *Julgar Online*, abril de 2018, p. 24, n. 50, a propósito das als. a) e b) do art. 176.º.

temporal num crime simples, desde que não estejamos perante uma nova violação do bem jurídico eminentemente pessoal⁹⁴. Assim, é concebível a prática de um único crime quando o agente tenha praticado diversas condutas contra um bem jurídico de natureza eminentemente pessoal relativo à mesma vítima.

Neste seguimento, se concluirmos que cada ato praticado representa, para a vítima, um novo atentado à sua sexualidade ou ao seu estado “somático-psíquico-emocional”, uma nova dimensão qualitativa e quantitativa da lesão, teremos de admitir uma pluralidade de crimes⁹⁵. Porém, se assim não for, a análise estará sujeita aos critérios gerais.

Um exemplo, no âmbito do crime de pornografia de menores, de uma situação, dentro do mesmo contexto situacional, onde é possível discernir duas lesões autónomas para o bem jurídico e que darão origem a dois crimes será o caso do agente que, numa primeira fase, fotografa as partes sexuais de um menor e, posteriormente, passa a filmá-lo em práticas sexuais com outrem. Aqui existe um claro aumento do grau de lesão ou da perigosidade de lesão da autodeterminação sexual do menor, pelo que se poderá considerar a existência de dois crimes, ainda que se traduzam em dois atos seguidos.

Como resumo das especificidades dos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais no âmbito da unidade ou pluralidade de infrações podemos, então, identificar quanto a eles:

- 1) A proibição de aplicação do crime continuado, esteja ou não presente a mesma vítima (art. 30.º-3);
- 2) Uma infração por cada nova lesão do bem jurídico, o que implica a determinação de um crime por vítima, mas também uma tendência para o apuramento de um maior número de crimes quanto à mesma vítima, relativamente a uma tutela não eminentemente pessoal, devido à possibilidade de, no mesmo contexto situacional, haver mais do que uma lesão ou situação de perigo autónoma para o bem jurídico - originando um concurso efetivo de crimes;
- 3) Relativamente a uma mesma lesão do bem jurídico, o comportamento fica sujeito aos critérios e figuras gerais em matéria de unidade e pluralidade de infrações.

⁹⁴ Neste sentido, Lobo Moutinho, pp. 634-635. Helena Moniz parece divergir desta afirmação ao discordar com Figueiredo Dias quanto à “unidade de sentido do ilícito global” aquando da prática de vários atos sexuais de relevo conectados espaço-temporalmente, porém, posteriormente, apenas avança com uma argumentação relativa a “momentos temporalmente diferentes, ainda que, eventualmente, sem um desfasamento significativo” – referindo-se a dias diferentes -, sem justificar a sua posição primeiramente assumida (*ob. cit.*, p. 22).

⁹⁵ V. Ac. do STJ, de 30-11-2016.

1.2. A figura do crime de “trato sucessivo”

a) A sua aplicação na jurisprudência

A figura do crime de “trato sucessivo” começa a marcar presença na jurisprudência do STJ pelo menos desde a década de 80⁹⁶, ligada ao crime de tráfico de estupefacientes⁹⁷, às infrações fiscais ou contra a segurança social, aos crimes de burla qualificada e de falsificação de documentos e ao crime de falsificação de moeda⁹⁸.

Assim, a figura surge, primeiramente, conectada aos crimes de empreendimento (designando-os de “crimes exauridos”), perante um conjunto de atos praticados em que um deles preenche *per se* o tipo de crime e os restantes constituem o protraimento dessa consumação, devido a um propósito inicial único.⁹⁹

Mais tarde, a jurisprudência alargou o designado crime de trato sucessivo, designadamente, aos crimes sexuais, mormente aos crimes de violação, de coação sexual e de abuso sexual de crianças (e outros semelhantes).¹⁰⁰

Tal sucedia quando o tribunal entendia que não se verificavam os requisitos da figura legal do crime continuado (art. 30.º-2 e 3), em particular o da situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente, aplicando então a figura do trato sucessivo, ou fazendo apenas o reparo do que deveria ter sido decidido¹⁰¹. Após a proibição *ope legis* da aplicação do crime continuado aos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais (n.º 3), que ocorreu com a alteração legislativa operada pela Lei n.º 40/2010, de 03-09, quer se trate ou não da mesma vítima, a discussão acerca do crime de trato sucessivo ganhou maior relevância, gerando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias.

Restringindo-nos, agora, ao âmbito dos crimes sexuais, a figura tanto surge ligada à dificuldade de contabilizar o número de atos praticados pelo agente, enquanto “válvula de

⁹⁶ Helena Moniz, p. 3.

⁹⁷ V. Acs. do STJ, de 27-06-1990; de 22-03-1995 e de 21-06-1995, qualificando o crime de tráfico de estupefacientes como crime de trato sucessivo; de 18-04-1996, referindo-se ao “crime exaurido”.

⁹⁸ V. quanto a estes crimes, p.e., os Acs. do STJ, de 18-12-2008 (referindo-se à figura denominada de “*infrações contínuas sucessivas*”); de 21-02-2008; de 05-05-1993, referido em Helena Moniz, *ob. cit.*, p. 3, relativo ao crime de falsificação de moeda.

⁹⁹ Helena Moniz, pp. 3-4.

¹⁰⁰ Segundo Cristina Almeida e Sousa, *A inconstitucionalidade da jurisprudência do «trato sucessivo» nos crimes sexuais*, Revista Julgar, outubro de 2019, p. 12: “A partir da prolação do acórdão do STJ de 02.10.2003 (...) a expressão «trato sucessivo» passou a ser aplicada, no âmbito dos crimes sexuais”.

¹⁰¹ V. Acs. do STJ: de 02-10-2003, unificando atos sexuais de relevo ocorridos ao longo de um ano, contra o mesmo menor; de 29-03-2007 e de 17-05-2007, em ambos discordando o STJ com o tribunal *a quo* quanto a qualificar os vários atos sexuais de relevo como um crime continuado de abuso sexual de crianças, pugnando pelo crime de trato sucessivo.

escape”¹⁰², como, pelo contrário, se apresenta tal e qual uma nova categoria de classificação dos crimes, bastando a verificação dos respetivos requisitos¹⁰³.

Com o surgimento desta figura, acontece que uma pluralidade de condutas homogêneas (referentes ao mesmo tipo de ilícito ou que protejam fundamentalmente o mesmo bem jurídico), que individualmente já preencheriam o tipo de crime, praticadas pelo mesmo agente sobre a mesma vítima, são unificadas num único crime, ao abrigo de uma “unidade resolutiva” comum a esses mesmos atos.

Há dois aspetos-chave a ter em conta no crime de trato sucessivo. O primeiro é essa “unidade resolutiva”, que representa, ao mesmo tempo, a sua maior imprecisão. De facto, não é um conceito consensual quando aplicado na prática. Alguma jurisprudência e a maior parte da doutrina descrevem-na como algo distinto da resolução criminosa única, consistindo, antes, num conjunto de resoluções criminosas¹⁰⁴. Ou seja, o agente pratica uma pluralidade de condutas criminosas, tendo formulado um “«dolo inicial» suficientemente intenso para dar cobertura aos factos”¹⁰⁵. Por outras palavras, “o dolo do agente engloba *ab initio* uma pluralidade de actos sucessivos que ele se dispõe logo a praticar”¹⁰⁶. Cada um deles corresponde a uma parcela de um todo, ocorrendo apenas uma “descarga” dessa resolução criminosa inicial, sem ter de a renovar. O fundamento e a inovação desta figura consistem nesta “homogeneidade resolutiva”¹⁰⁷ que acompanha o comportamento e que o torna uno.

Outra parte da jurisprudência não faz referência à unidade de resolução, mas sim à “mesma resolução criminosa”, dando-se a entender que se trata de uma única resolução criminosa que persiste ao longo de todo o comportamento, gerando apenas um crime¹⁰⁸. Porém, acaba por unificar condutas ilícitas praticadas com um espaçamento temporal maior do que o habitual no critério de Eduardo Correia. Vejamos o caso do acórdão *recorrido* exposto no Ac. do STJ, de 19-06-2019, onde se afirma a existência de uma resolução criminosa comum a seis atos sexuais da mesma natureza (atos de cópula, cinco consumados e um na forma tentada), ocorridos no mesmo local, porém em dias distintos, ao longo de uma semana. Assim sendo, de acordo com

¹⁰² Como acontece nos Acs. do STJ, de 12-06-2013; e de 04-05-2017, em que o tribunal *a quo*, reconhecendo a existência de pluralidade de resoluções criminosas no comportamento do agente, mas não sendo possível quantificar o número exato de atos praticados, decidiu punir por um crime de abuso sexual de crianças e outro de abuso sexual de menor dependente, ambos em trato sucessivo; Ac. do TRP, de 13-03-19.

¹⁰³ É o caso do Ac. do STJ, de 23-01-2008, subsumindo-se vários atos sexuais a um único crime, mesmo sabendo que tinham sido praticados em dias diferentes.

¹⁰⁴ V. Helena Moniz, p. 15; e, p.e., o Ac. do STJ, de 22-03-2018.

¹⁰⁵ Ac. do STJ, de 29-11-2012.

¹⁰⁶ Ac. do STJ, de 22-01-2013.

¹⁰⁷ Helena Moniz, p. 15.

¹⁰⁸ V. Acs. do STJ: de 23-01-2008 (“Aliás, é notório que o arguido agiu determinado por uma única resolução, por ela levado a aproveitar todas as situações que facilitassem a prática dos actos ilícitos, e não formando sucessivamente novas resoluções perante circunstâncias favoráveis entretanto surgidas”); de 06-04-2016 e de 13-09-2017.

a maioria da jurisprudência, já se verificaria uma pluralidade de resoluções criminosas pelo distanciamento temporal entre os atos.

O indicador mais frequente da unidade resolutiva consiste, igualmente, na *conexão temporal* entre os atos¹⁰⁹. Como adiantámos supra, o significado de *conexão temporal* neste contexto e, consequentemente, de unidade resolutiva não é unívoco, podendo resultar num único crime de trato sucessivo a prática de diversos atos praticados ao longo de dias, meses ou mesmo anos, consoante o entendimento¹¹⁰.

Pelo que, implicitamente, parece equiparar-se a existência da conexão temporal entre as condutas à mera ausência de interrupções significativas na prática do crime (seja por iniciativa do agente ou não), bastando que o autor persista com o modelo realizado inicialmente, contra a mesma vítima. A *ratio decidendi* deste tipo de acórdãos para se poder unificar as condutas num único crime consiste, em bom rigor, na mera *homogeneidade no comportamento* do agente (podendo, inclusive, traduzir-se em diferentes tipos de atos sexuais de relevo), na sujeição do mesmo menor, na inexistência de uma interrupção clara na prática dos atos e, para alguns, na indeterminação do número de condutas realizadas. Neste sentido, os crimes sexuais são tratados de forma muito semelhante aos crimes de múltiplos atos¹¹¹.

O segundo ponto fundamental é que, ao contrário do crime continuado (art. 30.º-2), no crime de trato sucessivo a censurabilidade do agente aumenta a cada novo facto típico, pois não há qualquer situação exterior que atenua a sua culpa ao longo das várias repetições. Além disso, a saúde física e mental das vítimas é cada vez mais prejudicada, havendo um grau crescente de perigo de lesão à medida que se vão repetindo e intensificando os atos sexuais, tal como a etiologia e a epidemiologia da violência sexual o demonstram¹¹².

O respetivo regime de punição segue, geralmente, o regime geral do art. 71.º. A pena concreta terá, por isso, de ser fixada dentro dos limites do tipo de pena do respetivo crime. Dentro da moldura penal do crime, o juiz determina a pena concreta em função, designadamente, do período de tempo durante o qual os atos ocorreram (nos casos em que se sabe que ocorreram, mas não foi possível contabilizá-los) ou do número de atos, o que terá implicações no grau de ilicitude do comportamento, no grau de culpa do agente e nas exigências de prevenção. Outras vezes, agrupam-se os atos possíveis de identificar ao longo do

¹⁰⁹ V. Ac. do STJ, de 29-11-2012.

¹¹⁰ V. o Ac. do STJ, de 29-11-2012, no qual se determina a existência de um crime de violação em trato sucessivo relativamente aos factos entre 1999 e 2000, outro quantos aos factos entre 2003 e 2004, todos sobre a mesma menor, e um terceiro crime em trato sucessivo ao longo do ano de 2009; e do Ac. do STJ, de 14-06-2007, determinando-se o cometimento de um crime de trato sucessivo pela prática de atos de natureza sexual com uma menor ao longo de três anos.

¹¹¹ Helena Moniz, p. 9 e ss.

¹¹² Sobre o tema, Cristina Almeida e Sousa, pp. 4-10.

comportamento do agente em blocos temporais, de acordo com os vários episódios em que o crime ocorreu, cada um deles constituído por vários atos. Nesses casos, e também nas situações em que há várias vítimas envolvidas, dá-se um concurso efetivo de crimes em trato sucessivo, cuja moldura abstrata terá um limite máximo elevado, dando grande margem de decisão ao aplicador do direito.

A jurisprudência portuguesa tem optado, resumidamente, ou por aplicar a figura, ou por ponderar a sua aplicação, mas sem lhe dar uso no caso concreto por não estarem reunidos os requisitos¹¹³, ou por considerá-la inadmissível por diversos motivos que analisaremos mais à frente.

A doutrina mais recente tem sido adversa ao crime de trato sucessivo, juntamente com o STJ, que é progressivamente mais pacífico no sentido da sua inadmissibilidade nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Contudo, os tribunais de primeira instância e os Tribunais da Relação são ainda muito imprevisíveis no entendimento relativamente à mesma, sendo ainda frequentes os acórdãos por eles proferidos que condenam os arguidos por crimes de natureza sexual “em trato sucessivo”¹¹⁴. Ademais, o enquadramento jurídico dado pelos tribunais da primeira instância e pelos Tribunais da Relação é, muitas das vezes, aquele que é definitivo, que subsiste até ao trânsito em julgado do processo, porquanto o MP raramente recorre da decisão judicial contestando o facto de a mesma condenar o arguido por um crime de trato sucessivo ao invés de condenar por vários crimes em concurso efetivo de crimes (a não ser que esteja em causa um número consideravelmente elevado de atos), mesmo que a acusação fosse também nesse sentido. Pelo que o STJ, quando muito, critica o enquadramento jurídico do acórdão recorrido, mas não o pode alterar para o concurso efetivo de crimes, por força do princípio da proibição de *reformatio in pejus*. Daí que a discussão sobre a figura do “trato sucessivo” seja ainda tão relevante para a prática judicial e que o debate sobre a sua admissibilidade esteja ainda tão ativo.

Durante o estágio que realizei no JCCL, contactei com vários casos em que se aplicou o crime de trato sucessivo. Um deles consistiu na situação de dois arguidos punidos por vários crimes de abuso sexual de crianças em trato sucessivo, um por cada dia em que a menor se deslocou até à casa de ambos, onde ocorriam os atos sexuais. Em cada um dos dias foi possível autonomizar cada um dos atos e contabilizá-los, tendo havido, inclusive, interrupções entre eles para ver um filme, tomar banho ou dormir. No entanto, considerou-se que estava em causa uma unidade resolutive em cada um dos dias. Por outro lado, entendeu-se existir um contexto

¹¹³ V. Acs. do STJ, de 22-01-2013; de 25-06-2009; de 13-07-2017.

¹¹⁴ Como exemplo, o Ac. do TRP, 06-02-2019, incluindo o crime de pornografia de menores.

situacional diferente, guiado por uma nova resolução criminosa e uma autónoma lesão do bem jurídico protegido de dia para dia, pelo que se decidiu pelo concurso efetivo de crimes.

b) Argumentos a favor e contra a figura

Os acórdãos a favor do “crime de trato sucessivo” inspiram-se, essencialmente, nos Acs. do STJ de 23-01-2008 e de 29-11-2012.¹¹⁵

Muitas vezes, a figura do crime de trato sucessivo ligada aos crimes sexuais surge, como mencionámos supra, perante a dificuldade de precisar de forma exata o número de realizações típicas, o que impede a posterior determinação do número de crimes a punir autonomamente, em concurso efetivo. Estas dificuldades de prova sucedem por serem crimes que «facilmente se transformam numa “atividade”»¹¹⁶, gerando, por isso, uma pluralidade de atos mantida, em vários casos, durante meses ou anos.

Ora, é facto que a investigação, ainda mais por estarem em causa bens jurídicos eminentemente pessoais, tem de ser o mais rigorosa e aprofundada possível, a fim de, além de fazer jus à natureza do crime em causa, ser possível contabilizar o número de condutas criminosas infligidas à vítima. Impõe-se saber o mais possível sobre o número de atos, questionando a vítima sobre a frequência mínima de ocorrência, em que dias, em que período do dia, etc.

O problema maior surge quando essa tarefa se torna hercúlea e deixa de ser empiricamente possível fazer essa contagem, devido às múltiplas repetições da prática do crime. E solucionar este problema é considerada, precisamente, a grande vantagem e utilidade da figura do trato sucessivo. Ou seja, perante casos em que é facto provado que o agente cometeu uma multiplicidade de atos criminosos sem se saber, ao certo, quantos e não se podendo condenar o arguido por um número incerto ou meramente aproximado de crimes, condena-se o arguido por um crime em trato sucessivo, porquanto o tipo de pena permite refletir essa gravidade mais acentuada. Evita-se, por um lado, que se condene o agente por um número muito aquém do real e, por outro, que se puna somente por um crime simples, quando se deu como provada que a vítima foi sujeita a uma pluralidade de atos criminosos.

Presenciei, durante o estágio, um caso no JCCL em que o arguido foi condenado pela prática de um crime de violação (art. 164.º) em trato sucessivo, porquanto os atos sexuais praticados tinham ocorrido num relativo curto espaço de tempo (aproximadamente um mês), repetidos

¹¹⁵ Mas outros defenderam a figura, tais como o Ac. do STJ, de 04-02-2016; de 29-03-2007, o voto de vencido do Conselheiro Maia Costa no Ac. do STJ, de 14-05-2009, o Ac. do TRE, de 24-05-2018 ou o Ac. do TRL, de 02-05-2019.

¹¹⁶ Ac. STJ, de 29-11-2012.

com frequência e num número de vezes que não foi apurado na inquirição para memória futura da vítima, perante o JIC. A acusação e o depoimento da vítima baseavam-se em expressões como “Por vezes... Noutras ocasiões...”. Assim, sabia-se que tinham ocorrido várias realizações típicas do crime de violação, mas não se sabia ao certo quantas, pelo que, ao invés de se condenar o arguido por um número “arbitrário” ou por apenas dois crimes (por se saber que praticou mais do que um ato sexual), o tribunal coletivo decidiu punir o arguido por um único crime de violação em trato sucessivo, levando em conta a multiplicidade de atos e o período de tempo de constrangimento da vítima conhecidos na medida concreta da pena.

Também no crime de pornografia de menores, a imprecisão da investigação, designadamente quanto ao conteúdo de cada ficheiro, por vezes leva à aplicação da figura do trato sucessivo¹¹⁷.

Outra razão que preside à sustentação do crime de trato sucessivo é de economia processual e segurança jurídica, evitando a abertura de novos processos devido ao conhecimento superveniente de outros atos da mesma natureza, realizados pelo mesmo agente e relativos ao mesmo período temporal, com prejuízo para a segurança do direito e da paz jurídica.

O terceiro e último grande fundamento prende-se com a justiça material, por se considerar que, de outra forma, resultaria uma consequência jurídica desproporcional e, como tal, injusta para o arguido. Ao punir-se o agente por um crime simples ou por dois crimes em concurso efetivo, por efeito do princípio *in dubio pro reo*, poderá resultar uma pena demasiado baixa. Isto é, da consideração, ainda que algo vaga, do comportamento global do agente, através do crime de trato sucessivo, resultará uma solução mais adequada para o caso concreto, designadamente da perspetiva do mandado de esgotante apreciação e da verdade material.

Por isso, apesar de todas as críticas que se possam apontar à presente figura, normalmente obtém-se uma pena concreta adequada e justa perante o caso concreto.

Esses três propósitos político-criminais subjacentes à criação do crime de trato sucessivo têm a particularidade de serem comuns aos que presidiram a construção do crime continuado do art. 30.º-2¹¹⁸. Neste sentido, o crime de trato sucessivo consiste numa construção paralela a essa, no sentido de não ser fruto de uma análise teleológica das normas e de se basear numa decisão político-criminal com fundamentos comuns, mas com a importante diferença de que não é uma construção normativa, mas sim jurisprudencial. Daí poder-se questionar a sua legitimidade.

A propósito, mas seguindo outra linha de pensamento, no Ac. do STJ, de 08-11-1995, o tribunal considerou o crime de trato sucessivo um “crime naturalmente continuado”, cuja

¹¹⁷ V. Ac. do TRE, de 16-03-2017.

¹¹⁸ V. Figueiredo Dias, Direito Penal, I, pp. 1193-1194.

unidade resolutive reflete “a percepção desse comportamento global”, quer subjetiva, quer objetivamente, revelando “um todo sucessivo”¹¹⁹. Parece defender uma espécie de “unidade natural de ação” que permite a unificação dos atos num só crime, fazendo-o corresponder a um novo critério no âmbito da unidade e pluralidade de infrações, concretizador do critério do art. 30.º-1.

Será então uma figura totalmente incompreensível e inaceitável, à luz da política e da dogmática criminais?

No sentido oposto, contra o crime de trato sucessivo aplicado aos crimes sexuais, são também vários os argumentos que sobressaem na doutrina e na jurisprudência¹²⁰.

O primeiro e um dos mais relevantes será aquele que equipara o crime de trato sucessivo ao *crime habitual*¹²¹. Ambas as figuras unificam numa só infração a prática de vários atos *reiterados* (semelhantes entre si e distanciados temporalmente) sobre a mesma vítima, por força da frequente interpretação lata da conexão temporal entre os atos pela jurisprudência para a admissão de uma unidade resolutive.

Porém, o crime habitual, como vimos, só é admissível quando o tipo de crime expressamente o requeira ou se permita abranger uma pluralidade de realizações típicas, punindo uma atividade. Logo, uma vez que ambos têm um âmbito de aplicação semelhante e que o crime de trato sucessivo não está legalmente previsto, a admissibilidade desta figura deveria depender da estrutura típica do crime. Nas palavras do Juiz Cons. Manuel Braz (no voto de vencido do Ac. do STJ, de 29-11-2012), “não é, pois, a unidade de resolução que pode conferir a uma reiteração de actos homogéneos o cariz de crime de trato sucessivo, que se identifica com a categoria legal do crime habitual, mas somente a estrutura do respectivo tipo incriminador, que há-de supor a reiteração”.

No entanto, tal estrutura não é visível na maioria dos crimes de natureza sexual onde a figura é utilizada (arts. 163.º, 165.º a 168.º, 171.º a 174.º). Esses tipos de crimes não refletem a punição de qualquer atividade.

Poder-se-á concluir, nestes casos, tanto pela inutilidade do crime de trato sucessivo, como pela sua aplicação a crimes que não o permitem.

¹¹⁹ Em sentido idêntico, entre outros, os Acs. do STJ, de 16-02-1995 e de 17-01-1996, citados em Helena Moniz, p. 10, n. 17.

¹²⁰ P.e. os Acs. do STJ, de 12-01-1994; de 9-11-1994; de 19-05-2005; de 05-09-2007; de 13-07-2011; de 20-02-2019.

¹²¹ Neste sentido, v. o voto de vencido do Juiz Cons. Manuel Braz no acórdão do STJ, de 29-11-2012; os Acs. do STJ, de 14-01-2016; de 06-04-2016; de 22-03-2018; de 21-02-2018; de 27-11-2019.

Outro contra-argumento que se verifica com regularidade é o de que aquele se equipara ao crime continuado (art. 30.º-2 e 3) no que diz respeito aos seus resultados práticos, pelo que não poderá ser aplicada aos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais¹²².

Consideram a figura do crime de trato sucessivo uma forma de contornar o art. 30.º-3, fugindo ao propósito do legislador de excluir uma eventual “benesse” a agentes que praticassem crimes dessa natureza. O aplicador da figura consegue o mesmo resultado final do crime continuado – o crime único -, mas com uma menor exigência de requisitos, em particular o “quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua a consideravelmente a culpa do agente” (art. 30.º-2) e sem a limitação do n.º 3¹²³ – tudo isto sem qualquer base legal. Paulo Pinto de Albuquerque é um dos Autores que defende esta tese, afirmando que a única solução que resta perante o atual n.º 3 é o concurso efetivo de crimes, afastando expressamente o crime de trato sucessivo¹²⁴. A figura representará, por conseguinte, neste entendimento, uma “fraude à lei”.

O terceiro e último argumento principal diz respeito ao requisito da “unidade resolutiva”. Vários acórdãos e alguns Autores defendem que corresponde a uma criação jurídica, que consiste na *ficção* de um dolo inicial que alcança uma multiplicidade de atos¹²⁵. Quando se trata de bens jurídicos eminentemente pessoais, o agente, frequentemente, tem de procurar de novo a vítima, criar outra oportunidade para lograr, repetidamente, o seu propósito criminoso. Enquanto a jurisprudência que aplica a figura nos crimes sexuais considera que uma única resolução pode levar o agente a “aproveitar todas as situações que facilitassem a prática dos actos ilícitos”¹²⁶, a jurisprudência que a não aplica entende que o facto de o agente procurar e fomentar as oportunidades de contacto com o menor é uma prova segura de que renovou o seu processo de motivação, pois em cada uma dessas ocasiões teve de voltar a planear e organizar para conseguir agir de novo, formulando uma nova resolução criminosa, criando um novo sentido social de ilícito ou uma nova lesão do bem jurídico¹²⁷. Logo, em cada uma dessas ocasiões, devemos estar perante um novo crime. Para os defensores deste último entendimento, unificar estas condutas (sobretudo aquelas claramente espaçadas no tempo) é afirmar a existência de um dolo inicial que, na verdade, não existe.

¹²² Cf. Helena Moniz, p. 15. Acs. do STJ, de 12-06-2013; de 14-01-2016; de 06-04-2016; de 23-05-2019; de 22-03-2018.

¹²³ Neste sentido, v. Ac. do STJ, de 14-07-2016.

¹²⁴ *Comentário do Código Penal...*, 2015, p. 224, n. 32.

¹²⁵ V. Acs. do STJ, de 12-06-2013 e de 14-07-2016. E também P. P. de Albuquerque, *ibidem*.

¹²⁶ Ac. do STJ, de 23-01-2008.

¹²⁷ V. Ac. do STJ, de 27-11-2019 e o voto de vencido do Cons. Manuel Braz no Ac. do STJ, de 29-11-2012 (“(...) não dispensou a tomada da verdadeira resolução que veio a presidir a cada uma das concretas condutas posteriores do arguido, designadamente a decisão sobre *quando* e *onde* agir (...”).

Para além destes três argumentos, tem-se respondido à questão da difícil contagem do número de condutas praticadas pelo agente que esse é um problema cuja solução se encontra num rigoroso trabalho de investigação e na forma detalhada com que o MP deve descrever os factos na acusação e não uma questão de dogmática penal.¹²⁸

c) Análise crítica

Pelo que acabámos de verificar, o crime de trato sucessivo também poderá, eventualmente, ser considerado um critério doutrinário concretizador do art. 30.º-1, sem ser apenas uma solução num caso sem uma saída justa, por indefinição do número de condutas criminosas. Prova disso mesmo é a sua aplicação a situações em que se conhece perfeitamente o número de realizações típicas sobre a mesma vítima, mas se aplica na mesma o crime em trato sucessivo. Isso é facilmente verificável quando está em causa o crime de pornografia de menores, em que se consegue saber exatamente quantos ficheiros foram descarregados, o conteúdo de cada um e até possivelmente se foram descarregados no mesmo dia ou em dias diferentes e, ainda assim, aplica-se ou pondera-se a aplicação da figura.¹²⁹

Então, o que iremos verificar de seguida é se a figura do trato sucessivo é, ou não, um critério geral concretizador legítimo e dogmaticamente aceitável, tal como os critérios doutrinários que têm vindo a ser aceites e utilizados pela jurisprudência, ou uma figura especial como o crime continuado (art. 30.º-2).

E não o é por aquilo que constatámos quando procedemos à comparação entre esta figura e o crime continuado. Ao invés de constituir um critério com base legal ou com fundamentação dogmática, tendo por base o número de juízos de censura ou a análise do conjunto de elementos de um ilícito típico que, por sua vez, darão origem ao número de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global do agente, esta figura funda-se numa unidade resolutiva, a qual consiste, de facto, numa ficção jurídica da realidade, sem qualquer base dogmática.

¹²⁸ Assim, Helena Moniz, p. 25 e Acs. do STJ, de 06-04-2016 e de 13-03-2019.

¹²⁹ V. Ac. do STJ, de 13-09-2017: o tribunal *a quo* deu como provado o cometimento de vários tipos de ilícitos de natureza sexual, todos em **trato sucessivo**, entre eles um crime de pornografia de menores (art. 176.º-1-b), c) e d) e 5), dando-se como provada a realização de oito filmagens com o envolvimento da mesma menor. O STJ rejeitou o crime de trato sucessivo devido ao longo lapso de tempo entre as oito filmagens, mas encontrava-se limitado pela proibição de *reformatio in pejus*. E também o Ac. do STJ, de 12-06-2013, onde o tribunal de primeira instância condenou o arguido por um crime de pornografia de menores em **trato sucessivo** (entre outros), um por cada menor, p. e p. pelo art. 176.º-1-b), c) e d), juntamente com outro crime de pornografia de menores em trato sucessivo, pela al. d). Porém, os factos haviam sido alvo de uma investigação bastante rigorosa, designadamente com indicação pormenorizada do conteúdo das fotografias e dos filmes pornográficos e a data e hora em que tinham sido criados, chegando-se às centenas ou milhares de ficheiros, mas não se procedeu, pelo menos no acervo de factos provados, à contagem total dos ficheiros (talvez por ser considerada uma tarefa hercúlea).

O dolo inicial que, alegadamente, origina uma série de condutas criminosas homogêneas, durante vários dias, meses ou até anos, não passa de uma criação jurídica, que não ocorre (ou pelo menos nada nos garante que ocorra) no mundo real. Quando o agente volta a cometer o mesmo ilícito, sem uma estrita conexão temporal com a ocasião anterior, não temos dados para afirmar que os diversos atos foram praticados com base num único desígnio criminoso ou em vários comandados por um dolo “principal”, pois “nem as regras de experiência, ou de dedução lógica, nem os conhecimentos da psicologia, de psiquiatria ou de psicanálise consentem tal asserção, muito pelo contrário, infirmam-na”¹³⁰. Não basta, para aceitar a figura, que haja uma homogeneidade de resoluções criminosas, i.e., que o agente decida aproveitar todas as situações semelhantes à primeira. Em cada uma delas, existe claramente uma nova lesão do bem jurídico; uma nova sujeição da vítima ao agente, mais um “pesadelo” que a vítima tem de suportar durante toda a vida, mais uma violação de algo tão íntimo como é a liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa, pelo que tudo apontará no sentido do cometimento de uma nova infração criminosa.

Assim, o pilar do crime de trato sucessivo - a unidade resolutive - constitui uma *unidade artificial* e, conseqüentemente, não se poderá falar em “unidade natural de ação”. E enquanto construção jurídica “artificial”, ao constituir uma exceção à regra do art. 30.º-1, ou um *quartium genus* relativamente ao crime estritamente unitário, crime continuado e ao concurso de crimes, necessita de ser normativamente estabelecida, tal como acontece com o crime continuado do art. 30.º-2 e com o crime habitual através do tipo de crime. Sem essa base legal, não existe qualquer sustentação legítima para a mesma, pelo que consiste numa solução *contra legem*, violando o princípio da legalidade criminal (arts. 29.º da CRP e 1.º do CP), na vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

Por todas estas razões, o crime de trato sucessivo não deve ser aceite nem como mais um critério geral da unidade ou pluralidade de infrações, nem como uma figura especial, a par do crime continuado e do crime habitual, pois carece de permissão legal. Conseqüentemente, a sua legitimidade enquanto figura unificadora de múltiplas condutas homogêneas dissipa-se.

Além disso, uma equiparação pura da figura *sub judice* ao crime habitual torna a primeira absolutamente desnecessária, por se estar a substituir uma figura consagrada na lei por uma outra, idêntica, de origem jurisprudencial, como se uma fonte de Direito secundária prevalecesse sobre a fonte primária de Direito penal que é a lei. Por isso há quem defenda que, mesmo quanto ao crime de tráfico de estupefacientes, o crime de trato sucessivo nada adianta, qualificando-o simplesmente como um crime habitual¹³¹.

¹³⁰ Cristina Almeida e Sousa, p. 27.

¹³¹ Cf. Ac. do STJ, de 20-02-2019.

O mesmo se passa nos casos em que se aplique o crime de trato sucessivo para unificar condutas ilícitas sucessivas, em imediata sequência temporal e não reiteradas, pois a figura torna-se equiparável ao crime “contínuo” (art. 119.º-2-b)) e, eventualmente, ao critério do número de resoluções criminosas – ou seja, a figura torna-se inútil.

Quanto ao maior problema que a figura do trato sucessivo parece resolver – a da incapacidade de se determinar o número exato de realizações típicas e de saber se ocorreram no mesmo episódio temporal ou não -, poder-se-á, em alternativa, punir por um crime estritamente unitário, por respeito ao princípio *in dubio pro reo*, valorando, simultaneamente, todo o comportamento do agente.

O facto de não se conseguir precisar no tempo, lugar, modo e/ou número de vezes que os atos foram praticados não deve levar à desconsideração daquilo que o tribunal conheceu e considerou provado. É esta abordagem que leva muitas vezes o tribunal a adotar a figura do trato sucessivo, por considerar uma solução mais justa no caso concreto.

Será justo o tribunal desconsiderar a prática de múltiplas condutas do arguido - crendo o juiz no depoimento da vítima e dando como provado que, de facto, o agente praticou diversos atos - simplesmente porque não se conseguiu quantificar as condutas praticadas (porque foram muitas) e/ou precisar com exatidão o dia ou local da ocorrência, em resultado das compreensíveis falhas de memória da vítima, condenando o arguido numa pena única de 3, 4 ou 5 anos de prisão pela prática exclusiva de um crime, sabendo o julgador que ocorreram dezenas ou centenas de atos?

Vejamos. Antes de mais, devemos concordar que se deve tentar precisar ao máximo o número de atos e as circunstâncias relativas a cada um. Tem de haver um esforço efetivo de investigação em fase de inquérito para se perceber, pelo menos, a frequência mínima com que ocorreram ou o número mínimo de condutas praticadas ou de episódios.

É, antes de tudo, uma questão de respeito pelo sofrimento a que se expôs novamente a vítima ao ter de relatar a um juiz tudo aquilo que ocorreu, normalmente exigindo-se-lhe bastantes pormenores, tendo, muitas vezes, de ultrapassar obstáculos, como a síndrome de segredo, no caso das crianças e jovens, ou a sensação de desamparo no caso dos adultos, a perda de capacidade de memória relativa aos factos e o risco de uma segunda vitimização¹³².

Por outro lado, não podemos permitir que um arguido que tenha praticado várias dezenas ou centenas de atos típicos seja acusado e punido da mesma forma que outro que praticou um, dois ou três.

¹³² Cristina Almeida e Sousa, p. 36.

Porém, como sabemos, esse sucesso depende, em grande parte, da vítima, i.e., designadamente, dos obstáculos de natureza psicológica que consegue ultrapassar, do estado de confusão mental e emocional em que se encontra e do modo como lida com a pressão psicológica associada à essencialidade do seu depoimento e à sua presença num tribunal, sobretudo quando são crianças. Por vezes, não é algo sobre o qual tenhamos controlo. Além disso, é duvidoso que a melhor solução seja sujeitar a vítima a novo depoimento ou, nos tribunais superiores, reenviar o processo para novo julgamento, por insuficiência da matéria de facto provada para a decisão (art. 410.º-2-a) do CPP), em ordem a averiguar se, p.e., o atos sexuais ocorreram todas as semanas¹³³. Estaria o grave risco de uma revitimização da vítima, por decorrência de um erro judicial, justificado?

Ora, deparando-se o juiz com este problema, a grande vantagem do crime de trato sucessivo, nesses casos, consistia, como vimos anteriormente, na justiça material no caso concreto e no respeito pelo mandado de esgotante apreciação, uma das vertentes do princípio constitucional *ne bis in idem*, pois, embora se punisse por um só crime, as demais atuações do agente eram apreciadas na sua globalidade aquando da determinação da pena concreta, ao abrigo do art. 71.º.

Contudo, não sendo essa figura admissível, uma alternativa possível será o juiz dar como provada a prática de uma multiplicidade de condutas típicas e, desta forma, punindo por um crime simples, valorar a globalidade do comportamento através dos graus de ilicitude do crime e de culpa do agente e das especiais exigências de prevenção (art. 71.º-1 e 2-a)), ou seja, através da medida concreta da pena de um crime estritamente unitário.

Para isso, o julgador deverá fixar o período de tempo durante o qual os atos ocorreram, para, em função disso, determinar uma pena concreta mais elevada. Teria ainda de explicitar a razão pela qual não foi possível contabilizar os diversos atos e descrevê-los.

Diferentemente, pela forma como alguns tribunais têm decidido, o mandado de esgotante apreciação, normalmente, não é totalmente respeitado, pois a pena aplicada resulta da apreciação de um único ato.

É verdade que o princípio do contraditório e os direitos de defesa do arguido ficam algo mitigados com a opção apresentada, pois uma maior imprecisão na descrição dos factos *probando* dificulta a defesa relativa aos mesmos. Ainda assim, a defesa do arguido não está impossibilitada, pois provavelmente a forma de se defender de uma pluralidade não contabilizada de atos, ou melhor, da repetição da conduta, será exatamente a mesma que utilizaria para se defender de um só ato. Normalmente, faz-se uma defesa conjunta e idêntica

¹³³ V. Ac. do STJ, de 04-05-2017.

para todos os factos de natureza sexual que lhe são imputados. Ademais, uma parte significativa da jurisprudência não exige, para a prova dos factos, que se contextualize perfeitamente, no tempo, espaço e modo, as condutas criminosas¹³⁴.

É preciso realçar que a solução exposta só seria aplicada nos casos em que se teria uma convicção para lá da dúvida razoável de que o agente cometeu, de facto, uma multiplicidade de condutas sobre a vítima. Assim sendo, o que não pode acontecer é que factos tão essenciais quanto estes e em relação aos quais se desfez a dúvida se omitam por completo dos factos provados e não sejam valorados, na sua globalidade, pelo tribunal, com pleno favorecimento para o arguido, devido a uma circunstância que ele próprio provocou – uma vasta série de repetições ou várias repetições num curto período de tempo, o que potencia ainda mais os efeitos traumáticos para a vítima. Aproveitando a questão colocada por Cristina Almeida e Sousa, “não estarão os tribunais portugueses a emitir sinais de impunidade e de benefício (...), contrário aos princípios da protecção das vítimas e da punição dos agressores expressamente assumidos na Convenção de Istambul”¹³⁵?

O pressuposto fundamental desta alternativa é que a dúvida não recaia sobre a veracidade dos acontecimentos, mas sim sobre os exatos contornos dos mesmos, as respetivas circunstâncias, designadamente o número de ocorrências. Precisamente por isso, dá-se como provada a prática de outros atos que não foi possível contabilizar ou o intervalo de tempo em que terão ocorrido, resultando num crime estritamente unitário com uma pena mais elevada do que se não se tivesse essa multiplicidade em consideração. Exigir uma contextualização exata dos factos imputados nos crimes sexuais significa dificultar em excesso a produção de prova e a realização da justiça - ao se proteger em demasia o princípio do contraditório, cuja limitação, com esta alternativa, se prevê reduzida -, além de, por outro lado, se desproteger a vítima.

Assim, alcançaríamos os efeitos mais positivos da figura do crime de trato sucessivo, mas de forma legítima: em primeiro lugar, através de uma investigação e uma inquirição à vítima rigorosas e focadas em obter um número mínimo, seguro, de atos ou ocasiões e, em segundo lugar, através desta solução, fazendo uso das regras gerais de punição, da flexibilidade do tipo de pena dentro da unidade de infrações e do próprio sistema jurídico-penal.

Compreende-se, no entanto, que é uma alternativa discutível, não fosse estar em causa um conflito entre princípios constitucionais. É uma tentativa de equilíbrio entre o princípio do contraditório e os direitos de defesa do arguido, por um lado, e a procura da verdade material

¹³⁴ Entre outros, o Ac. do STJ, de 30-09-2015, onde os atos foram contextualizados em largos períodos temporais nos factos provados, faltando precisão temporal.

¹³⁵ Pp. 10-11, fazendo referência à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, ratificada por Portugal em 2013, tendo entrado em vigor em agosto de 2014.

(art. 340.º-1 do CPP, já entendido como princípio com valor constitucional¹³⁶), a realização da justiça material, o mandado de esgotante apreciação (decorrente do art. 29.º-5 da CRP) e uma forte fundamentação na decisão do tribunal no sentido de não se ter chegado a uma prova mais precisa, por outro. Outra vantagem desta solução seria a ocorrência de caso julgado, evitando a propositura de novas ações perante eventuais factos que surgissem posteriormente ao trânsito em julgado do acórdão, dentro do período apurado, pois já se teria valorado todo o período em causa.

Como últimas observações, é preciso não esquecer que basta a certeza de uma frequência mínima, mesmo que não muito bem definida (p.e. quase todas as semanas) para que seja possível determinar um número mínimo de ocasiões e, por isso, uma pluralidade de infrações¹³⁷. E condenar o arguido pela prática de dois crimes por se saber que foi praticado mais do que um ato, o que logicamente tem sentido, na prática não deixa de ser um número arbitrário (e bastante reduzido) apenas para se punir por mais do que um crime. Consideramos mais significativo e rigoroso punir por um único crime, mas numa pena perto do limite máximo da moldura penal.

Assim, poder-se-á concluir que a figura em análise traz, por vezes, as suas vantagens, contudo a sua criação apresenta-se ilegal ou mesmo inconstitucional.

¹³⁶ Entre outros, Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 137/2002.

¹³⁷ No Ac. do STJ, de 17-09-2014, o tribunal de primeira instância afirma que “durante os 13 anos da vítima, temos o cometimento de crimes quase todas as semanas. Posto que o ano tem 52, na descrição cabem, com certeza absoluta, 20 daquelas”.

2. Análise do crime de pornografia de menores

Cabe-nos, agora, atentar na estrutura típica do crime de pornografia de menores, pois só assim a análise da unidade e pluralidade de infrações fica completa, numa perspetiva prática. Relativamente ao complexo art. 176.º, devemos procurar saber se a pretensão do legislador foi, p.e., que certo tipo de crime apenas abrangesse, num único preenchimento, *uma vítima*; ou que estivesse preparado para punir uma “*atividade*” ou *atuação multi-episódica*, i.e., um crime habitual. Ou seja, devemos, antes de mais, interpretar e respeitar a vontade do legislador que deverá estar, mais ou menos diretamente, refletida na estrutura típica do crime e no seu enquadramento normativo.

Falamos de um crime relativamente recente no ordenamento jurídico português, sobretudo com a autonomia e configuração atuais¹³⁸, que tem sido fortemente moldado por instrumentos europeus e internacionais¹³⁹. Integra o conceito de “criminalidade violenta” do art. 1.º, al. j) do CPP, sendo que a sua gravidade é facilmente perceptível, por um lado, por atentar contra bens pessoalíssimos de menores e, por outro, pelo facto de os atos típicos representarem um perigo da prática de futuros crimes de outro tipo (crimes de abuso sexual de crianças, maus tratos, tráfico de pessoas, lenocínio ou escravidão).

O crime de pornografia de menores é composto por diversas “modalidades de ação” e normas incriminadoras. Há situações de fronteira entre a identidade e a diversidade de normas, em que, à primeira vista, é duvidoso se se tratará de uma norma com tipo misto alternativo ou de uma disposição com várias normas¹⁴⁰. Tal acontece quando, ao mesmo tipo de pena, correspondem várias condutas típicas em alternativa – sendo o n.º 1 do art. 176.º um exemplo paradigmático. É claro que é um assunto relevante, para efeitos de punição do agente e no âmbito da unidade e pluralidade de infrações, saber se estamos perante a violação de uma única norma (dando origem a um crime simples) ou de várias normas (resultando num problema de concurso de normas).

Analisemos, então, quanto a esta questão, o n.º 1. É uma disposição legal estruturada, separadamente, em alíneas, onde transparece uma escala de valoração ou gravidade dos factos

¹³⁸ Sobre a evolução dos crimes sexuais e do crime de pornografia de menores, v. Maria de Fátima Carrilho Fernandes, *A Pornografia de Menores: conceitos e terminologia*, pp. 59 e ss.; André Lamas Leite, *As alterações de 2015 ao Código Penal...*, pp. 67 e ss.

¹³⁹ Tais como a Convenção sobre o Cibercrime, do Conselho da Europa, adotada em 23 de novembro de 2001, em Budapeste; o Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos da Criança relativa à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil da ONU, de 2002, com início de vigência em Portugal a 16-06-2003; a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, de 22-12-2003; a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em 2007 em Lanzarote e em vigor em Portugal desde 01-12-2012; a Diretiva 2011/92/UE, de 13-12-2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual e a pornografia infantil.

¹⁴⁰ Lobo Moutinho, pp. 1080 e ss.

criminosos. Não se tratam de meras variações do mesmo facto e, pelo menos entre as als. a) e b), é notória a pretensão do legislador em autonomizar as respetivas condutas típicas, pois podia perfeitamente tê-las tipificado conjuntamente. Note-se ainda a ausência da conjunção “ou” entre as diversas alíneas, em oposição, por exemplo, aos arts. 192.º-1 ou 204.º-1 e 2. Estes são fatores que, no seu conjunto, determinam a existência de quatro normas incriminadoras distintas na mesma disposição legal (n.º 1), que têm em comum o mesmo tipo de pena.

De resto, as quatro alíneas e os n.ºs 5 e 6 correspondem, cada um, a uma norma com tipo misto alternativo, i.e., que prevê “várias modalidades alternativas de realização do mesmo facto criminoso”¹⁴¹. É indício disso mesmo o facto de, como veremos, corresponderem a um crime habitual ou o facto de as diversas modalidades corresponderem à simples variação de condutas, estritamente correlacionadas e semelhantes. Como refere Cavaleiro de Ferreira, constituem “modalidades de realização prática” ou “de perpetração do mesmo crime”¹⁴².

Assim sendo, iremos partir, de seguida, para a análise dos bens jurídicos tutelados por cada norma incriminadora que integra o crime *sub judice*, seguindo para as respetivas estruturas típicas.

2.1. Os bens jurídicos tutelados

O art. 176.º surge integrado no Título I do Cap. V “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” e Secção II “Crimes contra a autodeterminação sexual” do CP. Desta inserção sistemática tem-se uma primeira perceção sobre o bem jurídico tutelado nesta incriminação – a autodeterminação sexual dos menores. Todavia, impõe-se um olhar mais preciso sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de pornografia de menores.

Antes de tudo, não é unânime que este seja ou deva ser a autodeterminação sexual dos menores em todo o artigo.

Tem-se entendido que o legislador penalista presumiu que os menores, até determinada idade, não possuem maturidade e um desenvolvimento, na esfera sexual, suficientes ao ponto de fazerem um uso responsável, consciente e positivo para si mesmos da sua sexualidade - seja quanto à prática de um ato sexual de relevo, seja quanto à exposição ou divulgação do seu corpo de forma pornográfica, p.e.¹⁴³. A lei deve protegê-los daqueles que se aproveitam da sua vulnerabilidade, inexperiência, confiança e/ou desconhecimento nessa área. Mais do que isso,

¹⁴¹ Idem, p. 1080.

¹⁴² *Direito Penal Português*, I, pp. 55 e 162, citado em Lobo Moutinho, p. 1085.

¹⁴³ V. Maia Gonçalves, *Código Penal Português...*, 2005, p. 648, n. 2, em anotação ao art. 171.º: “protegem-se pessoas que presumivelmente ainda não têm o discernimento necessário para, no que concerne ao sexo, se exprimirem com liberdade e autenticidade”.

considera-se que não têm sequer, na maior parte das vezes, a capacidade ou a possibilidade de resistir, devido à sua inferioridade física e/ou psicológica, por verem os adultos como uma figura paternal, de autoridade ou um modelo a seguir. Por isso, quer a relação agente-vítima, quer a incapacidade ou a ausência de liberdade (de forma livre e esclarecida) para dizerem “não”, tornam os menores um grupo especialmente vulnerável a este tipo de condutas sexuais.

Parte da doutrina e da jurisprudência defende, por isso, que a lei penal torna o consentimento do menor de 14 anos irrelevante (presunção legal de imaturidade “*iuris et de iure*”)¹⁴⁴. Entendem que o legislador presumiu, de forma inilidível, que um exercício considerado “precoce” da sua sexualidade traz ao menor sérios perigos para o seu desenvolvimento físico, psíquico e da sua personalidade. Assim, esta conceção retira aos menores, pelo menos até aos 14 anos, toda e qualquer “ação de decidir por si mesmo”¹⁴⁵ ou autodeterminação no plano sexual.

Nessa sequência, e pelo tipo de condutas previstas pelo crime de pornografia de menores, alguma doutrina e jurisprudência tem entendido que neste crime, *ao invés* da autodeterminação sexual dos menores, se tutela a infância e a juventude¹⁴⁶ ou o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”¹⁴⁷.

Vejamos. A liberdade sexual constitui um bem jurídico de todos, que protege as pessoas de qualquer idade, incluindo menores (algo comprovado, p.e., pelo art. 177.º-6 e 7), no sentido em que temos o direito de não sermos coagidos, constrangidos ou sujeitos, na nossa esfera jurídica, a qualquer tipo de ato, exposição, discriminação, preconceito, etc.

Resta saber se, à luz da lei, também todos temos o direito de realizar a nossa *sexualidade* tal como a desejarmos e em todo o seu esplendor. De acordo com a definição de sexualidade avançada pela OMS, esta é “um aspeto central do ser humano ao longo da vida, que inclui sexo, identidades de género e os seus papéis, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cf. Maria João Antunes e Cláudia Santos, *Comentário Conimbricense...*, I, 2012, p. 834; Ac. do STJ, de 10-10-2012.

¹⁴⁵ Definição de “autodeterminação” constante do dicionário Priberam de língua portuguesa, acessível em <https://dicionario.priberam.org/autodeterminação> (consulta em 07/09/2020).

¹⁴⁶ Assim, Miguez Garcia e Castela Rio, *Código Penal...*, 2018, p. 832, quanto às quatro als. do art. 176.º; Ana Rita Alfaiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, 2009, p. 97.

¹⁴⁷ Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense*, I, 2012, pp. 711 e ss. Neste sentido, também M. João Antunes e Cláudia Santos, *Comentário Conimbricense*, p. 880 e Pedro Albergaria e Pedro Lima, *O crime de detenção de pseudopornografia infantil...*, *Revista Julgar*, 2010, p. 207.

¹⁴⁸ Definição disponível em https://www.who.int/health-topics/sexual-health#tab=tab_2 (consultado em 06/03/2020).

Desde logo, concordamos com visão de Inês Ferreira Leite na defesa da visão do menor como ser intrinsecamente livre, liberdade essa que deve constituir a justificação, a “ratio” das incriminações presentes na Secção II¹⁴⁹.

A autodeterminação sexual não é nada mais, nada menos, do que uma vertente da liberdade sexual¹⁵⁰. De acordo com Karl Binding, a liberdade sexual divide-se em três feições: a liberdade de formação da vontade (ou autodeterminação sexual), a liberdade de decisão da vontade (vontade momentânea) e a liberdade de execução da vontade¹⁵¹. Logo, a autodeterminação sexual tem que ver com o discernimento, o esclarecimento necessário para se poder optar, decidir.

Assim, a formação da vontade só é livre se for proporcionado ao menor um desenvolvimento gradual, espontâneo e sem traumas na esfera sexual, com consciência para a liberdade e o respeito, pilares da sexualidade. Como afirma Inês Ferreira Leite, “o usufruto de uma liberdade plena implica mais do que a possibilidade formal de se optar por um dos caminhos já prévia e definitivamente traçados. Pressupõe assim que o indivíduo possa não só escolher, mas construir o caminho ou caminhos por onde pretende progredir”¹⁵². E é essencialmente na infância que se constrói esse caminho.

O contacto de natureza sexual entre um menor e um adulto pode pôr em risco a sua autodeterminação sexual, porquanto não houve um processo autónomo de formação da vontade ou esta não foi manifestada de forma espontânea, devido, como vimos anteriormente, à inocência, vulnerabilidade e dependência dos menores relativamente aos adultos.

Assim que atingimos um ponto fundamental relativamente, pelo menos, à maioria das incriminações da Secção II: estas tutelam a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, devido à fase de crescimento em que estes se encontram. O prejuízo no desenvolvimento saudável do menor, a nível sexual, mental e emocional do menor será uma consequência da lesão ou perigo de lesão da sua autodeterminação sexual, que é o bem jurídico imediatamente tutelado - caso contrário, também se poderia dizer que o crime de violação tutela a integridade pessoal e não a liberdade sexual, colocando o foco nas consequências e não no direito fundamental que é imediatamente afetado. Por conseguinte, o bem jurídico tutelado na referida Secção do CP parece ser, como a lei indica, a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores.

¹⁴⁹ *A tutela penal da liberdade sexual*, p. 6.

¹⁵⁰ Assim também, Ana Rita Alfaiate, p. 89.

¹⁵¹ V. Inês F. Leite, p. 8, n. 31.

¹⁵² P. 8.

Porém, o crime de pornografia de menores suscita a questão de saber se a liberdade e autodeterminação sexual é o bem jurídico-penal tutelado em todas as suas disposições. É frequentemente discutido que bens jurídicos estão tutelados em cada alínea do n.º 1 e nos n.ºs 4, 5 e 6.

Quanto às als. a) e b) do n.º 1, quando o menor é utilizado em espetáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos, é a sua autodeterminação sexual que é lesada ou, pelo menos, posta em perigo¹⁵³. Existe uma clara exploração, um aproveitamento ou manipulação do menor para aquele fim que afeta, em primeiro plano, esse mesmo bem jurídico.

As maiores dúvidas recaem sobre as restantes normas, entre a autodeterminação sexual¹⁵⁴ (bem jurídico eminentemente pessoal) e o comércio (numa aceção ampla) ou tráfico de material pornográfico¹⁵⁵ (bem jurídico supraindividual). A doutrina que defende esta última entende que estamos já perante uma tutela demasiado “longínqua e indeterminada” da autodeterminação sexual do menor “de carne e osso”¹⁵⁶. Míguez Garcia e Castelo Rio referem ainda, quanto às als. c) e d) do n.º 1, a proteção direta de “interesses do Estado que poderiam ficar lesados com a proliferação da pornografia”¹⁵⁷.

É considerado pornografia de menores, para efeitos deste crime, a representação, por qualquer meio, de um menor no desempenho de comportamentos sexualmente explícitos ou qualquer representação dos órgãos sexuais da criança para fins predominantemente sexuais¹⁵⁸. Além de estar em causa o aproveitamento do corpo do menor e o uso da sua intimidade, a pornografia de menores “supõe uma representação grosseira da sexualidade, que faz das pessoas mero objecto despersonalizado para fins predominantemente sexuais”¹⁵⁹.

Daqui depreende-se que a lesão ou o perigo de lesão da autodeterminação sexual do menor está correlacionada com a própria existência do material pornográfico, quer aquando da utilização deste na sua produção, quer quando se divulgam esses conteúdos, dando continuidade à “coisificação” da criança, transformando-a num instrumento sexual. Os materiais pornográficos guardam ou até publicitam crimes, como abusos sexuais de crianças ou a sua utilização em fotografia, filme ou gravação, pelo que tanto a sua divulgação, como a

¹⁵³ Neste sentido, Helena Moniz, p. 24, n. 50; Ana Paula Rodrigues, *Pornografia de Menores: Novos desafios...*, p. 269.

¹⁵⁴ Neste sentido, P. P. de Albuquerque, p. 701, n. 3.

¹⁵⁵ Cf. Helena Moniz, *ibidem*; M. João Antunes e Cláudia Santos, *Comentário Conimbricense*, I, p. 880; Ana Paula Rodrigues, pp. 269-271; José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Crimes Sexuais*, 2019, pp. 220-221.

¹⁵⁶ M. João Antunes e Cláudia Santos, *ibidem*.

¹⁵⁷ Código Penal, pp. 834-835.

¹⁵⁸ Cf. art. 2.º-c) da Diretiva 2011/92/UE e o Ac. do STJ, de 22-02-18.

¹⁵⁹ Ac. do STJ, de 22-02-18.

sua detenção ou visualização traduzem um aproveitamento de uma conduta lesiva para o menor, que assim se prolonga ao longo do tempo¹⁶⁰.

Por outro lado, essas condutas típicas afetam igualmente o livre exercício da sexualidade do menor, pois é a sua intimidade que está em causa (constando da referida definição de sexualidade da OMS). Não podemos cair no erro de considerar que a sexualidade de uma pessoa se resume a contactos sexuais de natureza presencial ou física. Como vimos, a esfera sexual de uma pessoa tem múltiplas e variadas vertentes - não só uma física, que envolve o corpo da vítima, mas também uma vertente psicológica, designadamente de preservação da intimidade sexual -, o que implica, de facto, uma larga proteção ao nível da liberdade e autodeterminação sexuais.

Ademais, os menores representados nos materiais pornográficos são expostos a maiores riscos para a sua liberdade e autodeterminação sexual através da cedência e partilha dos mesmos entre (potenciais) agentes de crimes contra menores, que, por vezes, têm por hábito querer “partilhar” ou “trocar” menores entre eles com o fim de terem novas vítimas para a prática de crimes.

Assim, quanto às als. c) e d) do n.º 1, não vemos alternativa a afirmar que a autodeterminação sexual ainda consiste, de forma adequada e legítima, no bem protegido. Além disso, não faria sentido que o legislador tivesse agrupado vários factos criminosos no n.º 1, sujeitos ao mesmo tipo de pena, que ofendessem bens jurídicos de natureza totalmente diversa – os primeiros, das als. a) e b), ofenderiam bens jurídicos eminentemente pessoais e os das als. c) e d) lesariam bens supraindividuais, tais como o interesse da comunidade ou do Estado. Se assim o entendesse, o legislador não teria agrupado esses atos na mesma disposição legal (pois pouco teriam em comum a não ser o tema da pornografia de menores), nem lhes teria dado o mesmo “patamar” de gravidade, refletido no tipo de pena comum, pois, em princípio, no âmbito da mesma área de atuação – a pornografia de menores -, a um crime que prejudique um bem jurídico eminentemente pessoal deverá corresponder uma moldura penal mais grave do que a um crime que ofenda um bem jurídico coletivo.

Também, como vimos, os n.ºs 5 e 6, referentes à aquisição, detenção, acesso, obtenção ou facilitação do acesso aos materiais referidos na al. b) do n.º 1 e à assistência ou facilitação do acesso a espetáculos pornográficos com menores de 16 anos, respetivamente, tutelam a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. Protegem a intimidade sexual do menor e,

¹⁶⁰ Cf. Inês F. Leite, *ob. cit.*, p. 18; P. Albergaria e P. Lima, *ob. cit.*, p. 208.

indiretamente, a sua dignidade enquanto pessoa, e evitam o prolongar do aproveitamento da sua sexualidade.¹⁶¹

As condutas previstas nos n.ºs 5 e 6 trazem consigo um perigo inerente - como ocorre nas ditas atividades (inerentemente) perigosas, como a posse de armas¹⁶² -, não só porque aquele que detém materiais pornográficos “é sempre um *centro autónomo de uma potencial difusão*”¹⁶³, mas também por esses poderem ser utilizados como instrumentos para reduzir as naturais inibições ou resistências que os menores possam demonstrar na prática de atos sexuais ou na sua utilização em espetáculos ou suporte material.

Note-se que a tutela penal poderá ficar tanto mais aquém do dano, i.e., poderá ser tanto mais antecipada, quanto maior for a importância do bem jurídico em causa¹⁶⁴, que neste caso é bastante elevada. Assim como no crime de tráfico de estupefacientes (art. 21.º do DL n.º 15/93 de 22-01), onde todos os atos típicos são potencialmente perigosos para a saúde pública por, direta ou indiretamente, induzirem ao tráfico de estupefacientes propriamente dito, incluindo os atos de mero cultivo, produção, fabrico ou a detenção ilícita de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, também aquelas condutas típicas protegem ainda a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. Foram consideradas uma etapa prévia à verdadeira lesão ou atos de perigosidade menos acentuada para a autodeterminação sexual dos menores, como partes integrantes de um processo.

Além disso, a serem crimes de perigo – como entende a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência -, são considerados crimes de consumação antecipada, na medida em que se pune uma conduta que ainda não lesa o bem jurídico protegido, mas somente o coloca num perigo que, no entendimento do legislador, merece, desde já, tutela penal, pelo que, naturalmente serão condutas mais “distantes” do bem jurídico.

Entendemos, por isso, que estamos mediante um perigo suficientemente intenso e próximo de um bem jurídico de extrema importância que justifica a criminalização daquelas condutas¹⁶⁵ - a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. Não será assim tão chocante que, por exemplo, quem assista a um espetáculo pornográfico em que participe um menor de 16 anos esteja também a prejudicar a liberdade e autodeterminação sexual por estar a ferir a intimidade

¹⁶¹ Também no sentido da tutela da liberdade sexual em todas as incriminações referidas, Inês F. Leite, *ob. cit.*, pp. 16-18. Contra a tutela da liberdade e autodeterminação sexual no crime de detenção de materiais pedopornográficos (anterior n.º 4), Manuel da Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado...*, 2009, p. 34 e P. Albergaria e P. Lima, pp. 200 e ss.

¹⁶² V. Pedro Vaz Patto, *Pornografia infantil virtual*, p. 192.

¹⁶³ P. Albergaria e P. Lima, p. 208.

¹⁶⁴ V. Vaz Patto, pp. 9-10.

¹⁶⁵ Contra, P. Albergaria e P. Lima, pp. 203-204.

do menor e por estar a dar público e, assim, motivação e, eventualmente, lucro a quem proporcionou o espetáculo.

Acrescente-se ainda que, ao invés, se se admitir a tutela direta de um bem jurídico supraindividual, como o interesse público, a proteção da dignidade dos menores ou o comércio de materiais pornográficos, e pela estrutura típica das normas, a partilha ou a detenção de materiais pornográficos respeitantes a vários menores dariam origem a um crime simples¹⁶⁶. Retira-se, assim, toda e qualquer proteção individual à vítima, mesmo estando em causa uma clara violação da intimidade e, por isso, da sexualidade.

Contudo, não quer isto dizer que não se admita a tutela reflexa de outros bens jurídicos com estas incriminações, tais como o comércio de materiais pornográficos e a própria imagem do menor presente nos materiais pornográficos.

Por fim, no n.º 4, criminaliza-se a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência, a qualquer título ou por qualquer meio, ou a aquisição ou detenção, com alguma das finalidades anteriores, de material pornográfico com representação realista de menor¹⁶⁷, designada pela doutrina de pornografia infantil virtual¹⁶⁸ ou pseudopedopornografia¹⁶⁹. Esta é a norma que maior polémica tem gerado no seio do crime de pornografia de menores, não só quanto ao bem jurídico que tutela, mas inclusive quanto à sua dignidade jurídico-penal¹⁷⁰.

Cremos que a incriminação se justifica¹⁷¹, no entanto não nos podemos esquecer que está sempre em causa o específico conceito de pornografia de menores, que implica ou a representação de um comportamento sexualmente explícito ou da exibição explícita dos órgãos sexuais da criança para fins predominantemente sexuais e que, sem esse pressuposto, o crime não se verifica.

São apontados diversos fundamentos político-criminais para esta incriminação. Primeiro, a mensagem que aquelas condutas transmitem de normalização da manutenção de relações

¹⁶⁶ V. Ac. do STJ, de 17-05-2017.

¹⁶⁷ Na falta de definição, entendemos por “representação realista de menor”, tendo como orientação a Diretiva 2011/92/UE, tanto a representação pornográfica de um adulto aparentando ser um menor (pedopornografia aparente), como a representação pornográfica de um menor criada pelo agente (pedopornografia virtual parcial), desde ambos os tipos consistam em representações *realistas* – v. Ana Paula Rodrigues, p. 272. Também neste sentido, Mouraz Lopes e Castela Rio, Código Penal, p. 836. Contra, defendendo a tutela exclusiva da pedopornografia virtual parcial, M. João Antunes e Cláudia Santos, Comentário Conimbricense, I, pp. 884-885.

¹⁶⁸ V. Ana Paula Rodrigues, p. 272.

¹⁶⁹ Designação usada por P. Albergaria e P. Lima, p. 214.

¹⁷⁰ Questionando ou negando a legitimidade material da incriminação, Mouraz Lopes e Castela Rio, Código Penal, p. 836 (“(...) sendo difícil desligá-la da moral sexual”); Ana Rita Alfaiate, pp. 120-123; Maria João Antunes, *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores*, Revista Julgar, 2010, pp. 158 e ss.; P. Albergaria e P. Lima, *ob. cit.*; André L. Leite, p. 69.

¹⁷¹ Neste sentido, Inês F. Leite, *ob. cit.*, pp. 18-19; Vaz Pato, *ob. cit.*

sexuais entre adultos e crianças e de “coisificação” dos menores¹⁷². Por outro lado, tem-se também constatado que essas representações servem como instrumento de convencimento e sedução do menor, de forma a que o agente consiga lograr o seu propósito libidinoso (processo conhecido por “grooming”)¹⁷³. Invoca-se ainda o possível efeito de o consumo dessas representações constituírem um estímulo para a prática de crimes sexuais com menores (para pessoas que possuem essa tendência), comparando-se, designadamente, esse estímulo com a influência que as imagens publicitárias provocam nos consumidores ou com o papel que os *mass media* têm nos Estados totalitários¹⁷⁴.

Ressalta aqui, de facto, a criação de um perigo para a autodeterminação sexual do menor, potencial alvo quer do processo de convencimento para a prática de atos sexuais, quer do efeito normalizador das relações sexuais entre adultos e crianças, que os poderia marcar para toda a vida.

No entanto, com exclusão do último, os fundamentos apresentados apenas sustentam a criminalização das referidas condutas *perante um menor*. Não são suscetíveis de justificar a divulgação, cedência, e.o. de materiais pornográficos com representação realista de menor a outro adulto ou num *website* exclusivo para estes, por exemplo. Assim, verificamos que existe apenas um fundamento que poderia indicar haver ainda uma tutela da autodeterminação sexual dos menores (o estímulo para a prática de crimes sexuais com menores). No entanto, ele assenta num perigo já demasiado distante desse bem jurídico e, por isso, insuscetível, só por si, de justificar a incriminação cujo objeto seja a liberdade e autodeterminação sexual dos menores.

Assim, a norma incriminadora do n.º 4 parece, antes, tutelar o tráfico de materiais pornográficos, de forma a impedir que sejam divulgados materiais que possam estimular práticas ilícitas com menores. O incitamento à prática de atos ilícitos não é novidade no nosso sistema penal (v. o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência (art. 240.º) ou o crime de instigação pública a um crime, previsto no art. 297.º) e, por vezes, pode e deve ser punido¹⁷⁵. Nestes termos, consideramos que a norma possui legitimidade material, prevendo um crime de perigo abstrato.

Note-se que a mera detenção, aquisição ou acesso a material pornográfico com representação realista de menor não são punidos - o que faz todo o sentido. Apenas as condutas

¹⁷² V. Vaz Patto, p. 187.

¹⁷³ Assim Inês F. Leite, *ibidem* e Vaz Patto, p. 188.

¹⁷⁴ Assim, Vaz Patto, pp. 188-190, referindo ainda que a experiência dos terapeutas e das autoridades policiais e judiciais, os depoimentos das crianças vítimas e vários estudos vão no sentido de haver uma ligação entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra as crianças.

¹⁷⁵ Neste sentido, Vaz Patto, p. 193.

do n.º 1-c) e d) colocam em perigo o interesse da comunidade em combater o tráfico de materiais pedopornográficos.

A incriminação é, portanto, justificada, legítima e constitucional, dada a gravidade dos perigos que acarreta, limitando-se, de forma proporcional e necessária, as liberdades de expressão, de criação artística e de criação de uma atividade comercial (cf. art. 18.º-2 da CRP).¹⁷⁶

Outra questão que se coloca é quanto ao acordo e ao consentimento dos menores, se poderão ou não ser válidos e eficazes em certas situações.

Noutras incriminações, o legislador claramente diferenciou as condutas típicas em função da idade do menor, criando assim três “níveis de maturidade”: até aos 14 anos, os 14-15 anos e os 16-17 anos. No primeiro (art. 171.º), supõe-se que o menor ainda não possui, em geral, maturidade suficiente para poder tomar decisões livres e esclarecidas na esfera sexual, pelo que o legislador não coloca qualquer requisito adicional à prática de ato sexual de relevo com a criança. Estamos, de facto, perante uma presunção legal de ausência de maturidade suficiente para compreender o ato no seu significado global. Entre os 14 e os 16 anos de idade (art. 173.º), o legislador já acrescenta que, a acompanhar essa conduta, terá de existir um abuso da inexperiência do menor. São também abrangidos pelo intervalo dos 14 aos 18 anos, onde se exige que o agente seja uma pessoa a quem o menor tenha sido confiado para educação ou assistência, ou seja, de quem é dependente (art. 172.º), ou que tenha havido um pagamento ou outra contrapartida (art. 174.º). Assim, os menores de 16 ou 17 anos já só são protegidos mediante fatores mais restritos, dada a sua maior capacidade de resistência e de compreensão dos riscos envolvidos, embora se considere que ainda são “alvos fáceis” perante um uso de autoridade, uma relação de dependência ou uma necessidade, p.e., pecuniária.

Em contraste, a tutela no crime de pornografia de menores abrange os menores até aos 18 anos, sem qualquer discriminação de idades. Mas será que, se um menor com 14 anos ou mais enviar a outra pessoa fotografias pornográficas dele mesmo, a pessoa que passa a deter essas fotografias no respetivo telemóvel deve ser, em qualquer caso, punida por um crime de pornografia de menores (art. 176.º-5)?

Mais do que isso: faz sentido que, aos olhos do legislador, um(a) menor entre os 14 e os 18 anos consiga decidir livremente, dentro de certos limites, se deseja ou não praticar atos sexuais de relevo com outra pessoa, mas já não tenha maturidade suficiente para permitir que o fotografem ou filmem em poses pornográficas?

¹⁷⁶ Cf. Vaz Pato, p. 188.

Em razão da coerência sistemática e do exercício da liberdade sexual, entendemos que também no crime de pornografia de menores se deve ter em conta essa diferença de desenvolvimento do menor consoante a idade que possui.

Como o art. 176.º não prevê expressamente esta distinção, teremos de assumir que, sempre que se tutele a liberdade e autodeterminação sexual dos menores nessa incriminação, o crime é de *perigo abstrato-concreto*, exigindo-se uma aptidão genérica da conduta no caso concreto para atingir o bem jurídico, aferida através de um juízo objetivo-individual, por sua vez, fundado na experiência comum e nas características do menor em concreto. Ou seja, o preenchimento do tipo implicará a existência de uma conduta idónea a prejudicar a liberdade sexual do menor, tendo em conta o seu grau de maturidade. Se tal não se verificar, excluir-se-á a tipicidade. Assim, não se tem de provar autonomamente a concreta perigosidade (crime de perigo concreto), nem será uma conduta genericamente perigosa independentemente da maturidade do menor em causa, o que impediria o direito de disporem livremente da sua sexualidade - a intervenção penal retirar-lhes-ia uma parte muito relevante da sua liberdade sexual até aos 18 anos. Entre os 14 e os 18 anos a maturidade do menor é muito variável e o menor já poderá possuir verdadeira consciência da sua sexualidade e da sexualidade em geral¹⁷⁷. É claro que o uso de violência ou de ameaça grave (art. 176.º-3) constituirá um abuso de um menor de qualquer idade.

Assim, p.e. quanto ao conceito de aliciamento, entendemos que deve ser concretizado consoante a idade do menor em causa: se, relativamente a menores com 16 ou 17 anos, o fornecimento de uma certa contrapartida poderá ser, de facto, um elemento essencial para a existência de um efetivo aliciamento¹⁷⁸, relativamente a menores de 14 anos, a mera tentativa de convencimento será suficiente para o preenchimento do crime, por consistir ainda num abuso da inexperiência e da inocência sexual do menor.

Outra opção, caso se considere difícil avaliar a maturidade do menor em concreto para a conduta praticada, será considerar que o crime é de perigo abstrato, mas valorar o acordo do menor, avaliado perante o contexto, a idade do agente e o depoimento do menor - excluindo a tipicidade.

¹⁷⁷ É o que Ana Rita Alfaiate parece defender quando afirma quanto a algumas incriminações do CP: “Um perigo de pôr em perigo um bem jurídico digno de tutela penal que é preciso acautelar, prevendo-se a incriminação da conduta apta a produzir esse perigo.” – p. 103. Da opinião do crime de perigo abstrato em todo o artigo, a esmagadora maioria da jurisprudência e da doutrina, como P. P. de Albuquerque, p. 701, n. 4; M. João Antunes e Cláudia Santos, Comentário Conimbricense, p. 880. A favor do crime de dano em todo o art. 176.º com exceção do n.º 4, Inês F. Leite, *ob. cit.*, pp. 16-17.

¹⁷⁸ Neste sentido, Conceição Valdágua que define o aliciamento como situações em que o agente oferece uma contrapartida, que pode consistir na realização de determinada prestação, coisa ou facto – citada por M. Miguez Garcia e Castela Rio, Código Penal, p. 834. Em sentido contrário, André L. Leite, p. 71: “Veja-se que estamos em face de um crime formal ou de mera actividade, que se consuma, por isso, com a mera tentativa de *combinar um encontro* com um menor com esses desideratos ilícitos” (itálico meu).

Relativamente aos menores de 14 anos, coloca-se a questão de saber se a tutela da liberdade e autodeterminação sexual dos menores deve equivaler a uma total proibição das condutas típicas, p.e., a proibição absoluta de utilizar um menor de 14 anos numa fotografia pornográfica ou de se deter materiais pornográficos que contenham menores de 14 anos ou se, pelo contrário, em certas circunstâncias, se deve afastar a intervenção penal. Ou seja, saber se devemos considerar sempre a ausência de maturidade de um menor de 14 anos para exercer e dispor da sua liberdade sexual, verificando-se sempre uma conduta idónea a colocar o bem jurídico em perigo.

Sabemos que nos crimes contra a autodeterminação sexual de menores de 14 anos está em causa a ausência da prática de condutas de natureza sexual até ao amadurecimento da personalidade do menor. Porém, é natural que esse amadurecimento no âmbito sexual vá crescendo de forma gradual, o que poderá suceder experienciando com pessoas mais maduras (jovens de mais idade) do que o próprio menor. É a lei penal que, perentoriamente, deve estabelecer a idade a partir da qual o menor pode iniciar esse amadurecimento? E se um menor com 13 anos de idade pretender desenvolver a sua sexualidade com um menor com 16 anos, com quem até poderá manter uma relação amorosa?

É uma questão bastante delicada. A presente tutela protege, como vimos, os menores de condutas que colocam em causa a sua autodeterminação sexual, ou seja, em que provavelmente o menor não decidiu de forma livre e esclarecida. Até aqui não se pode afirmar que é uma tutela *limitativa* da liberdade sexual dos menores. Porém, se proibirmos em absoluto qualquer ato sexual de relevo ou que envolva materiais pornográficos entre um menor de 14 anos e um menor de 18 anos já estamos perante uma clara limitação da expressão sexual do primeiro, porventura injustificável.

Pensamos ser excessivo afirmar a impossibilidade de essa proibição absoluta resultar numa solução injusta. Pelo que concordamos com Ana Rita Alfaiate quando refere (relativamente ao crime de abuso sexual de crianças) que poderá ser afastada a intervenção penal quando os atos sejam praticados entre menores com uma curta diferença de idades entre eles, de forma natural e espontânea, designando essas situações de “experiências partilhadas” ou de “descoberta em comum da sexualidade”¹⁷⁹.

Note-se que se considerássemos que o bem jurídico tutelado no crime de pornografia de menores era a proteção da infância e da juventude, o desenvolvimento saudável do menor ou o comércio de materiais pornográficos, em vez da liberdade e autodeterminação sexual, o

¹⁷⁹ Pp. 135-136. V. também Inês F. Leite, Pedofilia, p. 44. Dando igualmente relevância ao acordo do menor no seio do crime de pornografia de menores, concluindo pela exclusão da tipicidade, P. Albergaria e P. Lima, pp. 213 e 214.

acordo e o consentimento do menor até aos 18 anos seriam necessariamente irrelevantes por se tratarem de bens jurídicos supraindividuais, fora da disponibilidade do menor¹⁸⁰.

¹⁸⁰ V. Ana Rita Alfaiate, pp. 101-103.

2.2. A estrutura típica do crime

Em rigor, constam seis normas incriminadoras principais do art. 176.º, correspondentes às quatro alíneas do n.º 1 e aos n.ºs 5 e 6, que poderão ser resumidas na criminalização da criação de espetáculos ou materiais pornográficos (fotografias, filmes ou gravações) contendo menores (ou no mero aliciamento destes para tal) e de atos relativos a esses mesmos materiais, desde, como exemplo, a sua transmissão ou difusão, por qualquer modo, à mera detenção, aquisição ou visualização e ao ato de facilitar que outras pessoas assistam ao espetáculo ou acedam aos materiais. De resto, prevê-se modalidades qualificadas (n.ºs 2, 3 e 7) ou privilegiadas desses crimes (n.º 4).

Iremos proceder a uma análise separada da estrutura típica e do alcance de cada norma incriminadora principal e faremos ainda um breve apontamento à norma do n.º 4.

1 - Quem:

- a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*
- b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*

Começamos por referir que a distinção conceptual entre um espetáculo pornográfico e um filme pornográfico terá de significar que o espetáculo pornográfico se dá ao vivo ou em direto¹⁸¹. Chegamos a essa conclusão, designadamente, pelo facto de, sempre que a lei utiliza expressões referentes a uma coisa suscetível de se possuir (“deter”, “adquirir”, “distribuir”), ela refere-se aos materiais pornográficos da al. b); por outro lado, quando se refere aos espetáculos pornográficos, utiliza as expressões “assistir” e “facilitar o acesso”, dando a ideia de que é algo que se visualiza, mas que não se detém ou transmite.

O âmbito desta incriminação terá de ser compatibilizado com o art. 176.º-A, que também pune o aliciamento de menores para fins sexuais.

Verifica-se igualmente que o ato de “aliciamento” do menor tem a natureza de um ato de execução (art. 22.º, n.º 2, al. b)) do outro comportamento típico, que corresponde ao resultado daquele – a utilização de menor. Entende-se, por isso, que ocorre uma antecipação da tutela penal, uma vez que se pune a tentativa da mesma forma que a consumação material do crime, ou seja, tipificam-se “comportamentos (...) que ainda estão numa fase prévia do *iter criminis*”¹⁸². Estamos, por isso, perante um crime de consumação antecipada, uma vez que se

¹⁸¹ Em sentido contrário, no Ac. do STJ, de 07-11-2018 considerou-se um espetáculo pornográfico a filmagem de dois menores.

¹⁸² Helena Moniz, p. 10.

distingue um momento de consumação formal (o aliciamento) e um momento de consumação material, terminação ou exaurimento do crime (a utilização do menor), que neste caso corresponde à criação de um perigo de maior intensidade para o bem jurídico¹⁸³.

Quando ocorre uma equiparação entre a tentativa e a consumação na mesma norma incriminadora, estamos perante um crime de empreendimento¹⁸⁴.

Em ambas as normas, a delimitação do crime estritamente unitário ocorrerá nos termos gerais, tendo em conta que se tutela um bem jurídico eminentemente pessoal. Assim, por cada menor atingido pelo comportamento do agente, resultará um crime autónomo; quanto ao mesmo menor, a repetição das condutas, inseridas em diversos contextos situacionais, determinará uma pluralidade de crimes e, por sua vez, a unidade de contexto situacional ou a estrita continuidade temporal entre os atos determinará um crime contínuo, ou seja, estritamente unitário¹⁸⁵. Desta forma, será irrelevante, para efeitos da unidade ou pluralidade de infrações, só por si, o número de materiais pornográficos realizados pelo agente¹⁸⁶.

Acrescente-se que há doutrina que considera que a tentativa de aliciamento corresponderá, materialmente, a uma tentativa de tentativa, pelo que não será admissível (apesar do n.º 8)¹⁸⁷. Na prática, se considerarmos o “aliciamento” em sentido lato (num sentido distinto daquele de Conceição Valdágua), concretizado em função da idade do menor, torna-se difícil conceber uma tentativa de aliciamento. Qualquer tentativa de que o menor participe num espetáculo pornográfico ou que seja fotografado de forma pornográfica é, já em si mesmo, um ato de aliciamento. Ou seja, desde que não se exija a oferta de uma contrapartida, deixa de ser concebível uma situação de tentativa de aliciamento que não seja o próprio aliciamento, que poderá ser bem ou mal sucedido - daí dizer-se que, materialmente, consiste numa tentativa de consumação do crime. P. e., se o agente levar um menor a assistir a espetáculo pornográfico com menores, para além da realização de outros crimes (como do art. 171.º-3-b) e do art. 176.º-

¹⁸³ Sobre os crimes de consumação antecipada, Helena Moniz, pp. 7-9. Sobre a definição de consumação material do crime, Germano Marques da Silva, p. 312.

¹⁸⁴ Sobre o crime de empreendimento, Figueiredo Dias, Direito Penal, I, p. 367 e Helena Moniz, p. 5 e ss. A jurisprudência e alguma doutrina costumam designá-lo também de “crime exaurido”, definindo-o como “uma figura criminal em que a incriminação da conduta do agente se esgota nos primeiros actos de execução, independentemente de os mesmos corresponderem a uma execução completa, e em que a repetição dos actos, com produção de sucessivos resultados é, ou pode ser, imputada a uma realização única” (Ac. do STJ, de 16-06-2010). V. também Ac. do STJ, de 06-06-2018.

¹⁸⁵ Neste sentido, o Ac. do STJ, de 07-11-2018, que puniu o arguido pelo art. 176.º-1-a) ou b), determinando um crime por cada ocasião, bem como o Ac. do STJ, de 13-09-2017 (aplicando a al. b)). Já o Ac. do STJ, de 25-11-2015 puniu simplesmente o agente por um único crime de pornografia de menores respeitante ao art. 176.º-1-b), sem clarificar se as fotografias e a gravação vídeo ocorreram ou não no mesmo dia (dando a entender que não).

¹⁸⁶ Cf. Miguez Garcia e Castela Rio, Código Penal, p. 838: “Mas só haverá um crime se A tira uma ou tira 20 ou mais fotografias (...)”.

¹⁸⁷ Cf. M. João Antunes e Cláudia Santos, Comentário Conimbricense, I, p. 885 e P. P. Albuquerque, p. 703, n. 18 (por força de “uma interpretação restritiva conforme à Constituição”).

6), muito provavelmente constituirá igualmente um ato de aliciamento do menor para que participe em algo semelhante (e não uma tentativa de aliciamento).

c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;

d) Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.

Estes dois tipos de crime enumeram vários atos típicos, sendo, por isso, classificados como dois crimes de múltiplos atos. Trata-se de outra modalidade de crimes de consumação antecipada.¹⁸⁸

Essa descrição de múltiplos atos reflete a punição de uma atividade. Em ambas existe uma “estrutura objetiva plural ou reiterativa”¹⁸⁹, constituída por ações que facilmente se acompanham umas às outras e se repetem, formando uma atividade criminosa. Tal não significa que não se puna a prática de um só ato individualmente, que só por si já consuma o crime.

Como se afirma no Ac. do STJ, de 19-06-2019, uma estrutura típica com múltiplos vocábulos verbais é sintomática dessa punição, unitária, do empreendimento de uma atividade¹⁹⁰. É uma estrutura típica equiparável à dos tipos de crime de tráficos, p. e. ao crime de tráfico de estupefacientes. No presente caso, estará em causa a atividade de exploração sexual de menores por meio de materiais pornográficos.

Assim, o crime de múltiplos atos consistirá numa modalidade do crime habitual, em que a consumação do crime se protraí ao longo do tempo através da prática de vários atos reiterados, a serem punidos de forma unitária (crime simples). A medida concreta da pena será tão mais elevada quanto maior for o grau de lesão ou perigosidade da conduta para o bem jurídico e o número de atos praticados.

Estamos então perante dois tipos de crime que podem ser realizados através de um crime habitual¹⁹¹. Como constatámos supra, o crime habitual aplica-se, designadamente, naqueles tipos que contemplam uma multiplicidade de atos ou quando a realização típica supõe um comportamento reiterado¹⁹².

Neste sentido, refere Cristina Almeida e Sousa¹⁹³:

¹⁸⁸ Helena Moniz, pp. 8-9.

¹⁸⁹ Cristina Almeida e Sousa, p. 18.

¹⁹⁰ Cf. Helena Moniz, p. 24, n. 50, referindo-se, precisamente, às als. c) e d) do n.º 1.

¹⁹¹ No mesmo sentido, v. o Ac. do STJ, de 17-05-2017.

¹⁹² V. o voto de vencido do Ac. do STJ, de 29-11-2012.

¹⁹³ P. 20.

«É que, quando pretende atribuir aos comportamentos humanos, a que confere tutela penal, a natureza de crimes habituais, o legislador escolhe a panóplia de verbos que designam as diferentes acções adequadas à concretização da lesão do bem jurídico visado com a incriminação e insere-os na descrição legal, tal como fez nos mencionados crimes de lenocínio e de pornografia de menores dos arts. 169.º; 175.º e 176.º, n.º 1, als. c) e d) (...)».

Só deixará de existir um crime estritamente unitário “quando, por decisão do agente ou por razões a ele alheias (por exemplo, a intervenção pelas autoridades), ocorra uma situação de descontinuidade da conduta típica”¹⁹⁴.

Encontramos atos dirigidos à prática da mencionada atividade dispersos por todo o artigo, quer nas als. c) e d), quer no n.º 5. Neste sentido, consideramos que seria lógico e teria sido uma melhor técnica legislativa prever todos esses atos numa única disposição, englobando condutas desde a detenção até à distribuição de materiais pornográficos.

Com a estrutura atual, encontramos na al. c) o exaurimento do crime da al. d) - a concretização da intenção – e até do n.º 5. No entanto, encontrando-se em diferentes normas, a detenção e a posterior divulgação realizam os tipos de crime de ambas as alíneas, verificando-se uma pluralidade de crimes concretamente aplicáveis, dando origem a um concurso aparente de crimes.

Desta forma, não se aplicará os critérios gerais em matéria de unidade ou pluralidade de infrações, uma vez que o próprio tipo de crime indica que pune uma dada atividade e que alcança uma multiplicidade de condutas numa única realização típica¹⁹⁵. Não fará sentido, por isso, punir o agente em função de cada material pornográfico que detenha ou que divulgue¹⁹⁶, nem se deverá exigir, sequer, que sejam adquiridos ou detidos no mesmo contexto situacional para que se determine uma única infração¹⁹⁷. Necessário é, por outro lado, punir por vários crimes quando estejam em causa diferentes vítimas, dada a natureza eminentemente pessoal do bem jurídico tutelado.

4 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

¹⁹⁴ Ac. do STJ, de 20-02-2019, relativamente ao crime habitual.

¹⁹⁵ Discordamos, pois, com o MP, recorrente no Ac. do STJ, de 17-05-2017, que considera que cada ato de divulgar, importar ou deter ficheiros com conteúdo pornográfico envolvendo menores corresponde a uma nova resolução criminosa do agente, pelo que deve haver tantos crimes quantos os atos praticados ou, mais concretamente, quantos os ficheiros divulgados, “descarregados” ou encontrados na sua posse.

¹⁹⁶ V. Ac. do TRE, de 05-07-2016: “a condenação pela prática de milhares de crimes não se vislumbra razoável, desde logo por não ter sido individualizado cada um dos downloads, e cada uma das partilhas.”

¹⁹⁷ V. Ac. do STJ, de 27-04-2017, que puniu, designadamente, a partilha e importação de diversos ficheiros com conteúdo pedopornográfico como dois crimes de pornografia de menores (art. 176.º-1-c)) agravados.

O n.º 4, enquanto crime privilegiado dos crimes do n.º 1, als. c) e d), tomará igualmente como uma unidade os atos praticados de ambas as als., unificados pelo tipo de crime em causa. Adicionalmente, a norma diferencia-se pelo bem jurídico que tutela, que, consistindo no tráfico de materiais pornográficos, já não é eminentemente pessoal. Assim, p.e., um agente que detenha materiais pornográficos com representação realista de menor com o propósito de os divulgar e que, posteriormente, os divulgue, comete um único crime simples.

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.

Esta norma é estruturalmente muito semelhante às das als. c) e d), constituindo um crime de múltiplos atos. Compreende, igualmente, um crime habitual, por também prever uma diversidade de condutas semelhantes que se destinam à atividade de exploração ou aproveitamento sexual de menores por via de materiais pedopornográficos. Como se disse, estas condutas deveriam constar da mesma norma incriminadora que as condutas das als. c) e d).

Assim, relativamente ao mesmo menor, a punição será unitária, independentemente de o agente deter, adquirir, aceder (entre outros) a uma pluralidade de materiais¹⁹⁸. Mais uma vez, perante o reconhecimento de menores distintos, determinar-se-á uma pluralidade de infrações, porquanto ainda está diretamente em causa a autodeterminação sexual de cada menor.

6 - Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão até 3 anos.

Desta feita, já não se trata da mesma atividade que interseta as últimas normas incriminadoras. Esta relaciona-se com a al. a) do n.º 1, referente aos espetáculos pornográficos e, em princípio, haverá um crime por cada ocasião em que o agente facilite acesso ou por cada espetáculo a que assista.

Também nesta situação, o agente aproveita-se de um abuso ou da vulnerabilidade de um menor para satisfazer os seus instintos libidinosos. Desta vez, porém, terá, necessariamente, de ser maior de idade. Mais uma vez, não se compreende muito bem a opção do legislador, na medida em que nas restantes normas pertencentes ao crime de pornografia de menores não se exige a maioridade do agente.

¹⁹⁸ Cf. Ac. do STJ, de 27-11-2019.

3. As soluções jurídicas aplicáveis ao problema

Chegando a este ponto, estamos capazes de resolver as questões que se colocam quanto ao crime de pornografia de menores, no âmbito da unidade ou pluralidade de infrações, mais especificamente, da delimitação do crime estritamente unitário.

Relativamente à teoria geral da unidade e pluralidade de infrações, retirámos diversas e importantes conclusões.

Constatámos as debilidades, de ordem dogmática e prática, do critério do número de resoluções criminosas. Por que razão há de ser o número de juízos de censura que recaem sobre o agente (e o elemento da culpa) o fator essencial para se contar o número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido, se o tipo de crime é uma entidade mais extensa do que a culpa? Além de sofrer contradições, de alterar as regras da prova ou de levar a soluções inaceitáveis, o critério carece de base legal que o sustente. Se assume que o tipo de crime consiste num tipo objetivo e depois considera a culpa o elemento essencial para a contagem do número de crimes cometidos pelo agente, parece ser um critério que não tem em consideração o art. 30.º-1, que estabelece como critério o número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido.

Verificámos que o critério avançado por Figueiredo Dias primava pela coerência, por ser dogmaticamente aceitável e levar a soluções adequadas. Possui a grande vantagem de ponderar o sentido social do comportamento global do agente, não tendo uma ótica estritamente jurídica sobre a realidade na determinação da unidade ou pluralidade de infrações. Utiliza vários indícios na delimitação do crime simples, ainda que na prática seja difícil distinguir, sem mais, a estrita unidade de sentidos sociais de ilicitude (crime simples) da existência de um sentido social de ilicitude dominante (concurso aparente de crimes). Parece haver algum automatismo no preenchimento do mesmo tipo de crime, dando, ao invés, um papel determinante à figura do concurso aparente de crimes. Mais uma vez, o critério legal do art. 30.º-1 parece cair na irrelevância. Faria, por isso, mais sentido que, designadamente, o critério da unidade de contexto situacional funcionasse como um indicador da existência de um só preenchimento do tipo de crime e, pois, de um crime simples, e não de um concurso aparente.

Já segundo a tese de Lobo Moutinho, vimos que o “tipo de crime” (art. 30.º-1) corresponde a um tipo em sentido amplo, enquanto previsão da norma incriminadora, dando igual força a todos os elementos do crime em matéria de unidade ou pluralidade de crimes. Concluímos que uma certa amplitude do tipo de crime é um resultado natural, desde que se afaste a teoria do mínimo¹⁹⁹ e se considere o tipo de crime uma entidade com uma estrutura accidental, que

¹⁹⁹ Lobo Moutinho, p. 607.

engloba diferentes formas de cometimento do crime. Só assim se pode dar alguma utilidade ao estabelecido pelo n.º 1 do art. 30.º e compreender e valorar o facto na sua realidade concreta e global e não enquanto uma ficção.

Tal como Figueiredo Dias, dá relevância ao comportamento global do agente e ao seu significado social. Porém, para Lobo Moutinho, o tipo de crime mostra-se mais abrangente e flexível, dando mais ênfase ao crime estritamente unitário ou simples. Assim, mostra-se mais consonante com o critério legal do art. 30.º-1, colocando o preenchimento do tipo de crime no centro da questão.

Caracterizámos também as modalidades do crime referidas no art. 119.º-2-a) e b). Verificámos que a conexão situacional ou a estrita continuidade temporal entre os atos criminosos é o critério fundamental para se determinar a unidade do crime quando haja protraimento da consumação através da prática de vários atos (sucessivos), constituindo um “crime continuado” ou contínuo. A lei devia, no entanto, utilizar designações distintas para diferentes realidades.

Identificámos, ainda, a existência de especificidades nos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais, resultando na determinação de uma infração por cada vítima e na aplicabilidade do critério do número de lesões autónomas do bem jurídico neste âmbito.

Depois, concluímos pela desnecessidade e/ou inconstitucionalidade da figura do “crime de trato sucessivo”, por violação do princípio da legalidade criminal. A alternativa à figura será, em primeiro lugar, uma rigorosa investigação, de forma a apurar a frequência mínima com que o crime era praticado ou um número mínimo de atos ou de episódios temporais. Se tal não for possível, mas ficar provado que o arguido cometeu uma multiplicidade de atos que não foi possível contabilizar, o período de tempo durante o qual ocorreram as condutas deverá interferir, com grande peso, na medida concreta da pena.

Quanto ao crime de pornografia de menores, constatámos que todas as suas incriminações tutelam um bem jurídico eminentemente pessoal – a liberdade e autodeterminação sexual dos menores -, com exceção da norma incriminadora do n.º 4, que tutela o tráfico de materiais pornográficos (bem supraindividual). Por outro lado, enquanto as normas das als. a) e b) do art. 176.º-1 e do n.º 6 seguem os termos gerais da unidade e pluralidade de infrações, as normas dos n.ºs 1-c) e d), 4 e 5 estão estruturadas de forma a alcançarem, numa aplicação singular, a prática de atos reiterados – admitindo o crime habitual.

Chegados até aqui, podemos regressar aos dois processos supra referidos (Cap. I, ponto 3.2). Com vista a determinar o número de crimes de abuso sexual de crianças, em ambos os acórdãos se concluiu pelo concurso aparente de crimes sempre que se verificava o mesmo contexto situacional (seguindo a doutrina de Figueiredo Dias). Concordamos com o critério utilizado,

embora tivéssemos, antes, concluído pelo crime estritamente unitário (“crime contínuo” composto por atos sucessivos do art. 119.º-2-b)) e não pelo concurso aparente de crimes.

Já quanto aos crimes de pornografia de menores, também ambos consideraram tutelar-se um bem jurídico supraindividual nas als. c) e d) do art. 176.º-1, punindo o agente por um único crime. Um deles (processo “Baby Heart”) não justificou o motivo pelo qual decidiu unificar todas as divulgações de materiais pornográficos num único crime. O outro (processo “Anjos Proibidos”), como vimos, dividiu a conduta do arguido em três unidades resolutivas, autonomizadas em três crimes distintos.

Ora, primeiro diríamos que estamos ainda perante o bem jurídico autodeterminação sexual dos menores, pelo que ter-se-ia de identificar os diferentes menores presentes nos materiais pornográficos. Estão em causa diversas vítimas que viram a sua intimidade e, pois, a sua sexualidade ser explorada por meio de fotografias e filmes pornográficos. Assim, só consideraríamos o concurso aparente entre a detenção e a divulgação de materiais se houvesse uma total coincidência entre os menores presentes nas fotografias detidas e os menores presentes nas fotografias divulgadas. Caso contrário, teríamos de autonomizar um crime p. e p. pelo art. 176.º-5 por cada menor cujas fotografias não tivessem sido divulgadas, mas apenas detidas.

Depois, quanto às mencionadas três “unidades resolutivas” ou três atuações homogêneas referidas no acórdão do processo “Anjos Proibidos”, embora se refute a aplicabilidade da figura do “crime de trato sucessivo”, aquelas parecem referir-se a três crimes de trato sucessivo, uma vez que não houve uma conexão temporal entre as condutas do arguido que pudesse aferir a formulação de uma única resolução criminosa, nos termos do critério do número de resoluções criminosas de Eduardo Correia.

Como vimos, o “crime de trato sucessivo” é uma figura que não configuramos admissível por falta de base legal e dogmática, pelo que não teríamos seguido esta linha de fundamentação. Teríamos considerado a existência de um crime habitual, quer quanto à divulgação, quer quanto à detenção (com o propósito de divulgar, neste caso) dos materiais pornográficos. Posteriormente, haveria um concurso aparente entre as fotografias que eram detidas e que foram efetivamente divulgadas. Formaria um crime autónomo (art. 176.º-1-d)), como indicámos supra, a detenção de materiais pornográficos com menores distintos daqueles presentes nos materiais divulgados ou cedidos. Também estes menores cujas fotografias não foram divulgadas, mas apenas detidas, merecem uma tutela autónoma, com base na tutela da sua autodeterminação sexual.

Assim, o rigor na investigação é especialmente importante neste crime, de forma a apurar-se, p.e., o dia em que os materiais pornográficos foram criados, quantos menores estão

presentes e se as fotografias constituem ou não fotogramas de um filme. Desta forma, individualizam-se as diversas ocasiões em que o crime ocorreu e as várias vítimas, que irão dar origem ao número de crimes que o agente terá cometido (exceto se estiver em causa a norma do n.º 4).

O que não será, de todo, solução é punir o agente pelo número de materiais pornográficos criados, divulgados, detidos, e.o. Essa solução resultaria em injustiças como a punição de um agente pela prática de 10 crimes por deter 10 fotografias e de outro agente pela prática de apenas um crime por deter um filme de 1 hora; ou punir pela prática de 10 crimes o agente que “descarrega” ou importa da internet 10 fotografias pedopornográficas de uma só vez e pela prática de um crime o agente que importa apenas uma. Parece-nos estar em causa uma grave violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP).

Conclusão

Assim termina este Relatório de Estágio, com um sentimento de agradecimento.

Este trabalho apenas foi possível com a experiência imensamente enriquecedora que foi o estágio curricular no JCCL, que recomendo com toda a honestidade.

Deveria ser possível dar a todos os estudantes de Direito a oportunidade de poderem ter este contacto diário com magistrados, onde podem conhecer as suas visões, as suas críticas, um pouco das suas personalidades, esclarecer dúvidas e desmistificar a figura do juiz ou do procurador. Podem também conhecer de perto as tarefas, o dia a dia de um juiz; o que é lidar com vítimas de crimes de elevada gravidade, fragilizadas; o que é praticar o Direito na vida real.

Ao longo deste Relatório, tentámos concretizar o critério legal do art. 30.º-1, analisando diversos critérios para delimitar o crime estritamente unitário relativamente ao concurso de crimes. Vimos que existem várias formas de olhar a questão da unidade e pluralidade de infrações e que discordamos com aquela porventura mais frequente na jurisprudência portuguesa – o critério do número de resoluções criminosas.

O essencial será considerar o comportamento global do agente, tendo em conta o seu significado social e como ele se apresenta na realidade. Só assim poderemos responder corretamente à questão de saber quando existe um novo preenchimento do mesmo tipo de crime.

Sendo o crime de pornografia de menores um crime com uma estrutura complexa, ainda mais se impôs uma rigorosa análise, entrelaçando as conclusões retiradas da teoria geral em matéria da unidade e pluralidade de infrações nas suas diferentes normas incriminadoras.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

ALBERGARIA, Pedro Albergaria e LIMA, Pedro, *O crime de detenção de pseudopornografia infantil - evolução ou involução?*, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;

ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009;

ANDRADE, João da Costa, *Da Unidade e Pluralidade de Crimes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado – a Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editores, 2009;

ANTUNES, Maria João, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores*, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991;

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2007;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 3.^a edição, Coimbra: Gestlegal, 2019;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral – As Consequências Jurídicas do Crime*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017;

FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, *A Pornografia de Menores: conceitos e terminologia*, Revista de Direito e Segurança, n.º 4, 2014;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, 4.^a edição, Lisboa: Editorial VERBO, 1997.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. II, Lisboa: Editorial VERBO, 1989.

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal - Parte geral e especial (com notas e comentários)*, 3.^a ed., Almedina, 2018;

GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português - Anotado e Comentado*, 18.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007;

LEITE, André Lamas, *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas*, Revista Julgar, n.º 28, 2016;

LEITE, Inês Ferreira, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual (consultado a 31-08-20);

LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Coimbra: Almedina, 2004;

MONIZ, Helena, “*Crime de trato sucessivo (?)*”, *Julgar Online*, 2018, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/04/20180411-ARTIGO-JULGAR-Crimes-de-trato-sucessivo-Helena-Moniz.pdf>, consultado em setembro de 2020.

MOUTINHO, José Lobo, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005;

LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2019;

PATTO, Pedro Vaz, *Pornografia infantil virtual*, *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), 2010;

RODRIGUES, Ana Paula, *Pornografia de Menores: Novos desafios na investigação criminal e recolha de prova digital*, *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011;

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português - Teoria Geral do Crime*, 2.^a edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;

SOUSA, Cristina Almeida e, *A inconstitucionalidade da jurisprudência do «trato sucessivo» nos crimes sexuais*, *Revista Julgar Online*, 2019, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/10/20191025-ARTIGO-JULGAR-A-Inconstitucionalidade-da-Jurisprud%C3%Aancia-do-Trato-Sucessivo-Cristina-A-Sousa-v2.pdf> (consultado em setembro de 2020).

Jurisprudência citada

Ac. do STJ, de 20-04-2016, P. 657/13.2JAPRT.P1.S1

Ac. do STJ, de 30-09-2015, P. 2430/13.9JAPRT.P1.S1

Ac. do STJ, de 27-11-2019, P. 784/18.0JAPRT.G1.S1

Ac. do STJ, de 25-11-2015, P. 27/14.5JAPTM.S1

Ac. do STJ, de 16-01-2020, P. 283.17.7JDLSB.L1.S1

Ac. do TRP, de 13-03-2019, P. 3908/16.8JAPRT.P2

Ac. do STJ, de 12-07-2012, P. 456/08.3PTLSB.L1.S1

Ac. do STJ, de 29-11-2012, P. 862/11.6TAPFR.S1

Ac. do STJ, de 22-03-2018, P. 467/16.5PALS.B.L1-S1

Ac. do STJ, de 20-02-2019, P. 234/15.3JAAVR.S1

Ac. do STJ, de 24-09-2014, P. 53/12.9JBLSB.L1.S1

Ac. do STJ, de 30-11-2016, P. 444/15.3JAPRT.G1.S1

Ac. do STJ, de 17-05-2017, P. 194/14.8TEL.SB.S1

Ac. do STJ, de 19-06-2019, P. 98/17.2GAPTL.S1

Ac. do STJ, de 07-11-2018, P. 161/15.4T9RMZ.E1.S1

Ac. do TRE, de 05-07-2016, P. 255/13.0TELSB.E1

Ac. do STJ, de 16-06-2010, P. 273/08.0JELSB-B.E1-A.S1

Ac. do STJ, de 06-06-2018, P. 1/15.4GAMTS.S1

Ac. do STJ, de 13-09-2017, P. 616/15.0PAVFX.L1.S1

Ac. do STJ, de 18-12-2008, P. n.º 20/07-5.^a

Ac. do STJ, de 21-02-2008, P. n.º 2035/07-5.^a

Ac. do STJ, de 05-05-1993, P. n.º 42290

Ac. do STJ, de 29-03-2007, P. n.º 1031/07-5.^a

Ac. do STJ, de 17-05-2007, P. n.º 1133/07 - 5.^a

Ac. do STJ, de 12-06-2013, P. 1291/10.4JDLSB.S1

Ac. do STJ, de 04-05-2017, P. 110/14.7JASTB.E1.S1

Ac. do STJ, de 23-01-2008, P. 07P4830

Ac. do STJ, de 22-01-2013, P. 182/10.3TAVPV.L1.S1

Ac. do STJ, de 06-04-2016, P. 19/15.7JAPDL.S1

Ac. do STJ, de 13-07-2017, P. 1205/15.5T9VIS.C1.S2

Ac. do TRP, 06-02-2019, P. 966/14.3JAPRT.P1

Ac. do TRE, de 24-05-2018, P. 1010/16.1PBEVR.E1

Ac. do TRL, de 02-05-2019, P. 6/17.0JDLSB.L1-9

Ac. do STJ, de 12-04-2018, P. 104/17.0JACBR.S1-5.^a secção

Ac. do TRE, de 16-03-2017, P. 72/15.3JASTB.E1

Ac. do STJ, de 16-02-1995, P. n.º 47309

Ac. do STJ, de 17-01-1996, P. n.º 48694

Ac. do STJ, de 13-07-2011, P. n.º 451/05.4JABRG.G1.S1

Acs. do STJ, de 14-01-2016, P. 414/12.3TAMCN.S1

Ac. do STJ, de 21-02-2018, P. 1548/16.0JAPRT.P1.S1

Ac. do STJ, de 23-05-2019, P. 134/17.2JAAVR.S1

Ac. do STJ, de 14-07-2016, P. 677/13.7TAAGH.L1.S1

Ac. do STJ, de 13-03-2019, P. 3910/16.0T9PRT.P1.S1

Ac. do STJ, de 17-09-2014, P. n.º 595/12.6TASLV.E1.S1-3.^a

Ac. STJ, de 10-10-2012, P. 617/08.5PALGS.E2.S1

Ac. TRP, de 04-06-2014, P. 1298/09.4JAPRT.P1

Ac. do STJ, de 12-10-2011, P. 4/10.5GBFAR.E1.S1

Ac. do STJ, de 27-04-2017, P. 53/10.3PAVFX.L2.S1

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 137/2002, P. 363/01

Ac. do STJ, de 27-06-1990 (BMJ, n.º 398, p. 315)

Ac. do STJ, de 22-03-1995 (BMJ, n.º 445, p. 114)

Ac. do STJ, de 21-06-1995 (BMJ, n.º 448, p. 283)

Ac. do STJ, de 18-04-1996 (CJSTJ, 1996, tomo 2, p. 170)

Ac. do STJ, de 02-10-2003, P. 2606/03-5.^a (CJSTJ, 2003, tomo 3, p. 194)

Ac. do STJ, de 14-06-2007, P. 1580/07-5.^a Secção (CJSTJ 2007, tomo 2, p. 220)

Ac. do STJ, de 25-06-2009, P. 274/07.6TAACB.C1.S1-3.^a (CJSTJ 2009, tomo 2, p. 247)

Ac. do STJ, de 04-02-2016, P. 792/13.7TAOAZ.P1.S1 (CJSTJ, Tomo I/2016, pp. 247 a 250)

Ac. do STJ, de 14-05-2009, P. 36/07-5.^a secção (CJSTJ, 2009, tomo 2, p. 221)

Ac. do STJ, de 12-01-1994, P. 45725 (CJSTJ 1994, tomo 1, pp. 190-192)

Ac. do STJ, de 9-11-1994, P. 47275 (CJSTJ 1994, tomo 3, p. 248)

Ac. do STJ, de 19-05-2005, P. 890/05-5.^a (CJSTJ 2005, tomo 2, p. 202)

Ac. do STJ, de 05-09-2007, P. n.º 2273/07-3.^a (CJSTJ 2007, tomo 3, p. 189)

Ac. do STJ, de 22-02-18, P. 351/16.2JAPRT.S1

Ac. do STJ, de 08-11-1995, P. 47714

Figuras

Figura 1- Evolução do crime de pornografia de menores em Portugal, segundo os dados constantes dos RASI.

Figura 2- As etapas na análise da unidade e pluralidade de infrações.

Legislação

Código Penal;

Código de Processo Penal;

Constituição da República Portuguesa;

LOSJ - Lei n.º 62/2013, de 26-08;

ROFTJ - DL n.º 49/2014, de 27-03;

Lei de Organização da Investigação Criminal - Lei n.º 49/2008, de 27-08;

Legislação de combate à droga - DL n.º 15/93, de 22-01.

Sites consultados

<http://www.dgsi.pt>

<https://data.dre.pt>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.pgdlisboa.pt>

<http://gddc.ministeriopublico.pt/bases-dados-mp/pesquisa>

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>

Índice

Lista de Abreviaturas.....	8
Resumo	10
Abstract.....	11
Introdução	13
CAPÍTULO I: O ESTÁGIO.....	14
1. A Instituição - O Juízo Central Criminal de Lisboa	14
2. Atividades desenvolvidas	15
3. Os dois processos paradigmáticos afetos ao crime de pornografia de menores	17
3.1. A complexidade da investigação e a evolução da prática do crime	17
3.2. Breve descrição dos casos e respetivas soluções jurídicas	19
CAPÍTULO II: O CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES E O PROBLEMA DA UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES	24
1. O Problema da Unidade e Pluralidade de Infrações no Crime de Pornografia de Menores	27
1.1. O crime estritamente unitário	27
a) O critério do número de resoluções criminosas de Eduardo Correia	29
b) O critério do número de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global de Figueiredo Dias.....	32
c) A tese de Lobo Moutinho.....	36
d) A imediata sequência temporal dos atos como fundamento da unidade do crime	41
e) O caso especial dos crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais	46
1.2. A figura do crime de “trato sucessivo”.....	50
a) A sua aplicação na jurisprudência	50
b) Argumentos a favor e contra a figura.....	54
c) Análise crítica.....	58
2. Análise do crime de pornografia de menores.....	64
2.1. Os bens jurídicos tutelados	65
2.2. A estrutura típica do crime	77
3. As soluções jurídicas aplicáveis ao problema	83
Conclusão	87
Bibliografia.....	88